لطائف
لنشر الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

كتاب الوسائل في فروق المسائل

تأليف

الإمام العلامة الفقيه الأصولي

أبي الخير سلامة بن إسماعيل بن جماعة الضرير المقدسي الشافعي

(المتوفى سنة ٤٨٠ هـ)

دراسة وتحقيق

علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

عبد العاطي محيي الشرقاوي

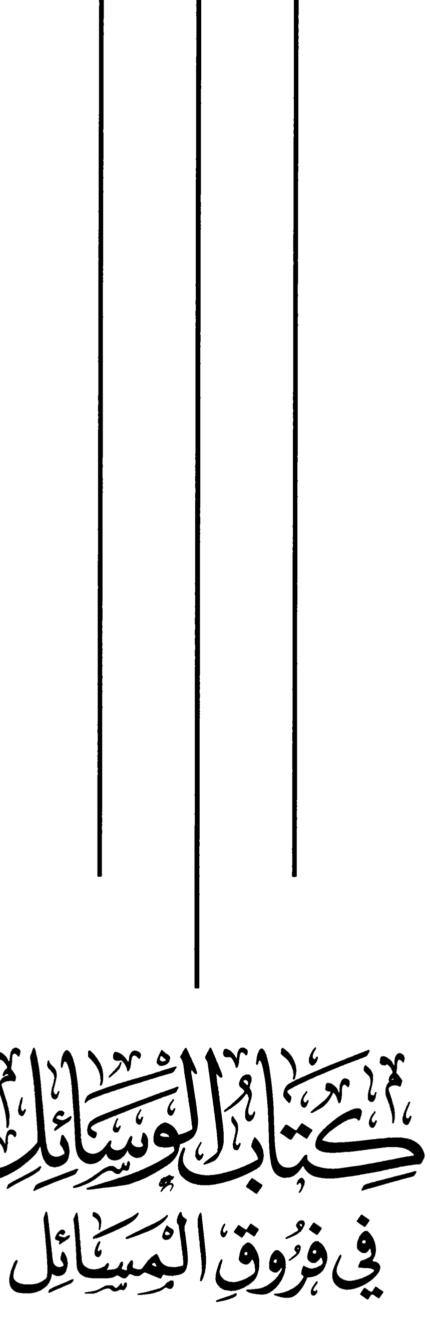
أبي يعقوب الأزهري

طبع لأول مرة محققا على نسختين خطيتين

الجزء الثاني

مكتبة أهل الأثر





كتاب الوسائل في فروق المسائل

٢



مكتبة أهل الأثر

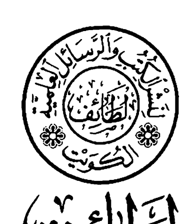
للنشر والتوزيع

الكويت - حولي - المثنى

تلفاكس: ٢٢٦٥٦٤٤٠ /

الخط الساخن: ٦٦٥٥٤٣٦٩

E-Mail: ahel_alather@hotmail.com



لطائف

لنشر الكتب والرسائل العلمية

لصاحبها

د. وليد بن عبد الله بن عبد العزيز المنيس

دولة الكويت - الشامية - صندوق بريد ١٢٢٥٧

الرمز البريدي ٧١٥٦٣

lataefq8@gmail.com

www.waqf-lataef.com

الموزعون المعتمدون

السعودية

- التدمرية - الرياض

☎ : ٤٩٢٤٧٠٦ - 🖷 : ٤٩٣٧١٣٠

- دار النصيحة - المدينة المنورة:

☎ : ٠٥٩٥٩٨٢٠٤٦ - 🖷 : ٤٨٤٧٠٧٠٨

السودان

- الروضة الندية:

☎ : ٠٠٢٤٩٩٩٥٥٦١٦٤٢

قطر

- مكتبة الجمعة - الدوحة:

☎ : ٥٥٤٥٨٥٢٣

العراق

- مكتبة صلاح الدين - أربيل

☎ : ٧٥٠٤٨٥٥٦٦٤

مصر

- وعي الدولية - القاهرة

☎ : ٠١٠٠١٢٩٤٣٢٣

- الدار العالمية - الإسكندرية:

☎ : ٢٠٣٤٩٧٠٣٧٠ - 🖷 : ٢٠٣٣٩٠٧٣٠٥

- دار الآثار - القاهرة:

☎ : ٢٠٢٦٤٢٢٣٢٣ - 🖷 : ٢٠٢٦٣٦٣٧٨٦

الجزائر

- دار الإمام مالك - باب الوادي:

☎ : ٧٠٣٦١٠٥٧ - 🖷 : ٢٥٣٩١٣١٨

- القدس للكتاب:

☎ : ٠٦٩٩٥٩٩٠٤٦ - 🖷 : ٠٢١٢١٠٧١٣

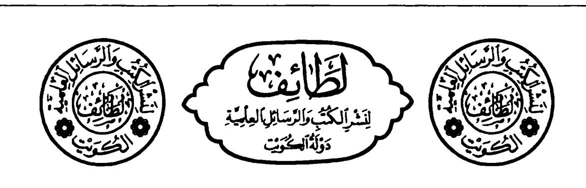
تركيا

- مكتبة الإرشاد - اسطنبول

☎ : ٥٣١٣٨٥٣٥٢٥

الطبعة الأولى

١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م



كتاب الوسائل في فروق المسائل

تأليف

الإمام العلامة الفقيه الأصولي

أبي الخير سلامة بن إسماعيل بن جماعة الضرير المقدسي الشافعي

(المتوفى سنة ٤٨٠ هـ)

دراسة وتحقيق

علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

عبد العاطي محيي الشرقاوي

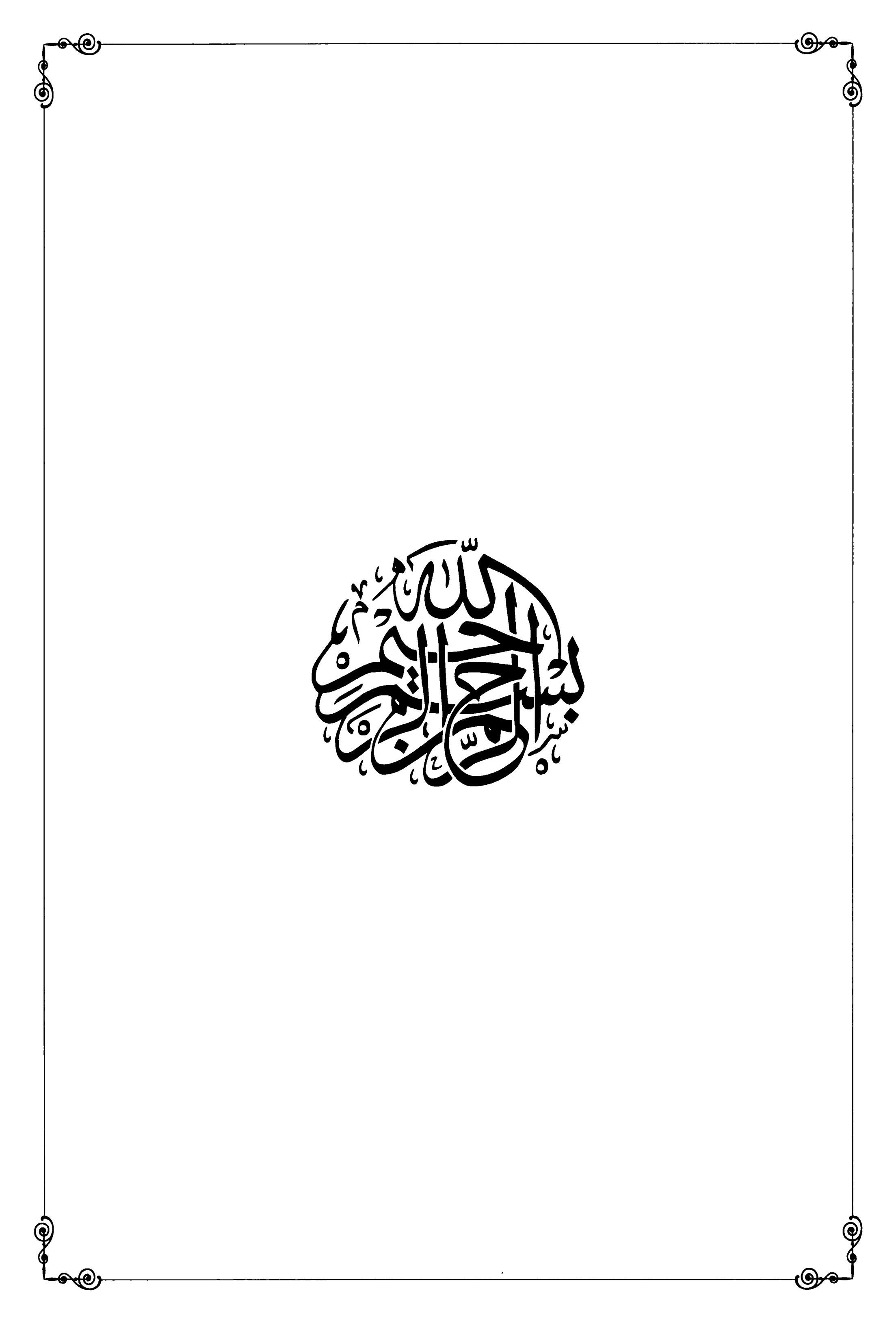
أبي يعقوب الأزهري

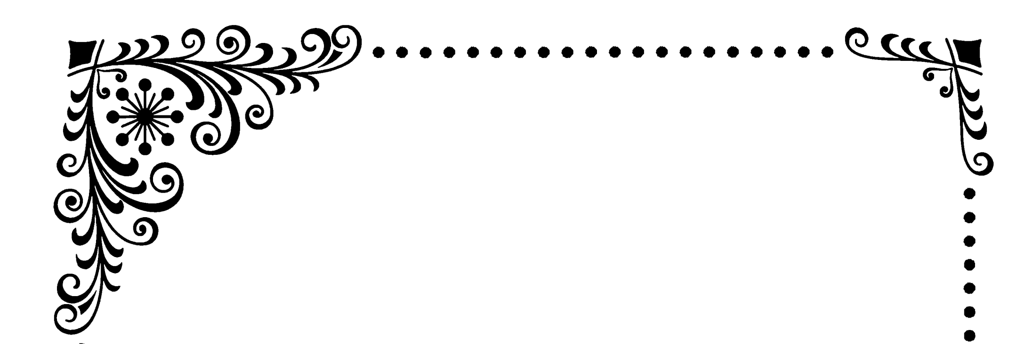
يطبع لأول مرة محققا على نسختين خطيتين

الجزء الثاني



مكتبة أهل الأثر


بسم الله الرحمن الرحيم



مسائل
فِي الرَّهنِ من الفروقِ

مسائل
في الرَّهنِ من الفروقِ

[في أَخْذِ الرهنِ بمالِ الكتابةِ]

(٤٥٤): مَسْألة

ويجوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بكلِّ حقٍّ مُسْتَقِرٍّ، ولا يجوزُ [أخذُه بمالِ][1] الكتابةِ.

والفَرْقُ [بينهما][2]: هو أنَّ مالَ الكتابةِ ليس بلازمٍ، ولا يَؤُولُ[3] إلى اللُّزومِ، وليس كذلك غيرُه من الدُّيونِ، كالقَرْضِ ونحوه[4]؛ لأنَّه مالٌ لازِمٌ [فافْتَرقا][5].

***

(٤٥٥): مَسْأَلَةٌ

لا يجوزُ [أَخْذُ][6] الرَّهْنِ قبل وُجُوبِ الحقِّ، فأمَّا ضمانُ العُهْدةِ في البيعِ، فهل يَجُوزُ، أم لا؟

قال أبو العباسِ: لا يَجوزُ؛ لأنَّه ضَمانٌ قبل الوُجوبِ.

والمذهبُ: أنَّه جائزٌ[7].

---

(١) في (ب): (أخذ مال).

(٢) ليست في (خ).

(٣) في (خ): (يزول).

(٤) في (ب): (ويجوز)، وما في (خ) الصواب، فكل دين لازم؛ مثل: أروش الجنايات وبدل المتلفات والقرض والثمن في البيع والمسلم فيه والأجرة في الإجارة، ومال الصّلح؛ والصّداق في النكاح وبدل الخلع يجوز أخذ الرّهن بها. انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» ، للبغوي : ٤/ ٤.

(٥) ليست في (خ)، انظر : «الحاوي الكبير» : ٦/ ٦.

(٦) ليست في (ب).

(٧) انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٢١٣، و«الحاوي الكبير» : ٧/ ٨١.

ويُفارِقُ الرَّهْنُ: وذلك[١] أنَّ البيعَ لا يَخْلُو، إمّا أن يَخرجَ مُسْتَحَقًّا أو غيرَ مُسْتحقٍّ، فإن خَرَجَ مُسْتَحَقًّا؛ تبيَّنا أنَّ الضَّمانَ صحيحٌ، وأنَّه حَصَل بعد وُجوبِ الحقِّ، وإن لم يَخْرجْ مُسْتَحَقًّا؛ كان الضَّمانُ باطلًا؛ لأنَّه لم يُوجدِ السَّبَبُ الذي لأجلِه؛ كان الضَّمانُ، [وليس][٢] كذلك الرَّهْنُ قبل وجوبِ الحقِّ، لأنَّه وَثيقةٌ فلم يَصِحَّ التَّوثُّق بها قبل وجوبِه، كالشَّهادةِ[٣].

[فيمَن قال لغيره: ألقِ متاعَك في البحرِ وعليَّ قيمتُه]

فإن قيل: ما تقولُ فيه إذا قال لغيرِه: أَلْقِ متاعَك في البحرِ، وعليّ قيمتُه؟

قُلْنا: إذا فَعَلَ ذلك؛ كان على المُسْتَدعي قيمتُه[٤]، ولا يُشْبِهُ ذلك مسألتنا؛ لأنَّ هذا الاسْتِدْعاءَ[٥] إتلافٌ بعِوَضٍ، وفي مسألتِنا تَوَثُّقٌ[٦] بالحَقِّ، فلهذا لم يَجُزْ[٧] قبل وجوبِه.

وأيضًا: فإنَّ ما ذَكَرُوه[٨] ليسَ بضمانٍ على الحقيقةِ؛ لأنَّ الضَّمانَ يَفتَقِرُ إلى ثلاثِ [أَنْفُسٍ][٢]: ضامِنٌ ومضمونٌ عنه[٩]، [ومَضْمونٌ له][١٠]، ولم يُوجَدْ ذلك هاهُنا، فلِهَذا افْتَرقا.

***

(١) في (ب): (وكذلك).

(٢) ليست في (ب).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٣٣٨.

(٤) انظر: «الأم»: ٧/ ٢١٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٥٤.

(٥) في (ب): (استدعاء).

(٦) في (ب): (توثيق).

(٧) في (ب): (يحل).

(٨) في (ب): (ذكره).

(٩) في (ب): (عليه)، موافق لما في «الحاوي الكبير».

(١٠) زيادة يقتضيها السياق، وهي موافق لما في «الحاوي الكبير»: ٦/ ٢٢.

[في افتقارِ الرهنِ إلى القبضِ، وعدمِ ذلك في الوقفِ]

[خ ١٢٢/ أ]

(٤٥٦): مَسْأَلَة

ومِن [شَرْطِ](١) صِحةِ الرَّهْنِ القبضُ، ويُفارِقُ الوَقْفَ؛ لأنَّ الرَّهْنَ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبولِ، فافتقر إلى القَبْضِ كالقَرْضِ(٢)، والوقفُ لا يَفْتقرُ إلى القَبولِ، فلم يَفْتقرْ إلى القَبْضِ(٣).

***

[في بطلانِ الرهنِ لموتِ أحدِ المتراهنَين قبل القبضِ]

(٤٥٧): مَسْأَلَة

إذا مات أحدُ المتراهنَيْن قبل القَبْضِ؛ لم يَبْطُلِ الرَّهنُ على بعضِ طرقِ أصحابِنا(٤)، ويُفارِقُ الوَكالةَ والشَّركةَ؛ لأنَّ تلك عقودٌ جائزةٌ، فبطَلَتْ بالموتِ(٥)، والرَّهنُ قبل القَبْضِ عَقْد يَؤُولُ إلى اللُّزومِ، فلم يَبْطُلْ بالموتِ، كموتِ أحدِ المُتَبايَعْين في مُدَّةِ الخِيارِ.

***

[في بيعِه الرهنَ أو هبتَه أو آجرَه بعد قبضِه]

(٤٥٨): مَسْأَلَة

إذا رَهَنَ رهنًا وأَقْبَضَه، [ثم باعَه](١) أو وهبَه، أو كاتبَه إن كان عبدًا؛ لم يَصِحَّ شيءٌ من ذلك، وإن آجرَه أو كاتَبَ أمةً فزوَّجها؛ جاز.

[ب ٧٠/ ب]

والفرقُ: هو أنَّه لمَّا جازَ أن يَطرأَ الرَّهْنُ على عَقْدِ الإجارةِ برَهْنِه(٦) الدارَ المُؤاجَرةَ؛ جازَ أن يَطرأَ عقدُ الإجارةِ على الرَّهنِ، والبيعُ والهبةُ بخِلافه(٧).

***

(١) ليست في (ب).

(٢) انظر: «الأم»: ٤/ ٣٣١، «المهذب» ٢/ ٨٧.

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٥١٤.

(٤) انظر: «المهذب» ٢/ ٨٩، وحكاه عن أبي حامد الإسفراييني رحمه الله.

(٥) انظر: «المهذب» ٢/ ١٦١.

(٦) في (ب): (في هبة).

(٧) انظر: «المهذب» ٢/ ٨٨.

(٤٥٩): مَسْأَلَةٌ

إذا كان لـه في يـدِ إنسـانٍ وديعـةٌ، فوَهَبَهـا[١] منـه؛ صـحَّ ذلـك، وهـل يحتـاجُ إلـى مُضِـيِّ مـدّةٍ يَتَأَتَّـى في مِثْلِها القبـضُ والإذنُ[٢] في ذلـك، أم لا؟ قـالَ: [هاهُنـا يحتـاجُ][٣] إلـى مُضِـيِّ المُـدّةِ، ولا يَحْتـاجُ إلـى الإذنِ.

ولو رَهَنَه[٤] ذلك الشيءَ، فلا بدَّ فيه من الإذنِ في القَبْضِ، ومضيِّ المُدّة.

فمـن أصحابِنـا مـن حَمَـل المسـألتَيْن علـى ظاهِرِهمـا وفـرَّق، فقـالَ: عَقْـدُ الهِبـةِ أقـوَى مـن الرَّهْـنِ؛ لأنَّـه يُزِيـلُ المِلْـكَ؛ فلـم يَحْتَـجْ إلـى الإذنِ، والرَّهْـنُ لا يُزِيـلُ المِلْـكَ، وإنَّمـا هـو وثيقـةٌ، فلِهَـذا احتـاج إلـى الإذنِ ومُضِـيِّ[٥] المُـدَّةِ[٦].

***

(٤٦٠): مَسْأَلَةٌ

[في تضمينِ الغاصبِ إذا غَصَبه شيئًا، فرهَنه عنده، أو أودَعه]

[خ١٢٢/ب]

إذا غَصَبَـه شـيئًا، فرَهَنَـه المالِـكُ عنـد الغاصِـبِ؛ لـم يَسْـقطْ ضمـانُ الغَصْـبِ عنـه[٧]، ولـو غَصَبَـه شـيئًا، فأَوْدَعَـه عنـده؛ سَـقَطَ عنـه ضمـانُ الغَصْـبِ علـى أحـدِ الوجهَيْـن[٨].

---

(١) في (خ): (فرهنها)، تصحيف.

(٢) في (ب): (بالإذن)، والمثبت موافق لما في «الحاوي الكبير».

(٣) في (ب) : (هاهنا لا يحتاج ذلك).

(٤) في (خ): (رهن).

(٥) في (ب): (في مضي).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير» : ٦/ ٣٣، و«المهذب» ٢/ ٨٧.

(٧) انظر : «الأم» : ٤/ ٢٩٦، و«مختصر المزني» : ٨/ ١٩٢، و«المهذب» ٢/ ٢٠٧.

(٨) انظر: «المهذب» ٢/ ٢٠٧، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي» : ٧/ ٢٠٧.

والفرقُ: هو أنَّه لو طرأَ الغَصْبُ على الوديعةِ نَافَاهَا، فلِذلك[1] إذا طرأَتِ الوديعةُ على الغَصْبِ، وَجَبَ أن تُنافيَه، والرَّهنُ لو طرأَ الغصبُ عليه؛ لم يخرجْ عن كونِه رهنًا، فكذلك إذا طرأَ الرَّهنُ على الغصبِ، لم يَزُلِ الضّمانُ، فلِهَذا افْترقا[2].

***

(٤٦١): مَسْألة

[في قضاءِ الراهنِ بعضَ الحقِّ، وقضاءِ أحدِ الضامنَيْن حصتَه]

إذا رَهَنَه عَيْنَيْن[3] [بحقٍّ][4]؛ كالعبدَيْن والدارَيْن، فقَضاه بعضَ الحقِّ؛ لم يخرجْ شيءٌ من الرَّهْنِ، بل يكونُ [الجميعُ][4] رَهْنًا بما بَقِيَ من الحقِّ[5]، ولو ضَمِنَ رَجلانِ لرجلٍ حقًّا عن رجلٍ، فقَضاهُ أحدُهما حصتَه؛ بَرِئَتْ ذمتُه[6].

والفرقُ: هو أنَّ في الضَّمانِ عَقْدُ الواحدِ[7] مع الاثنَيْن في حُكْمِ العقدَيْن المُفْتَرقَيْن، فلِهَذا إذا قَضَاهُ أحدُهما تَخَلَّصَت ذمتُه، وليس كذلك الرَّهْنُ، فإنَّه عقدٌ واحدٌ يتعلَّقُ الحقُّ به وبكلِّ جُزْءٍ منه؛ فلِهَذا قُلْنا: إذا قَضاهُ بعضَ الحقّ لم[8] يخرجْ من الرَّهْنِ شيءٌ حتى يَقْضِيَه[9] جميعَ الحقِّ[10]، فلِهَذا افْتَرقا.

***

(١) في (ب): (وكذلك).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٣٩-٤١.

(٣) في (ب): (عبدين).

(٤) ليست في (خ).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٣٠، و٦/ ٢١٩، و«المهذب» ٢/ ٨٩.

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ١٥٥.

(٧) في (ب): (لواحد).

(٨) في (ب): (لا).

(٩) في (ب): (يقبضه).

(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٣٠.

[في نفوذِ عتقِ الراهنِ لعبدِه المرهونِ، أو عبدِه المؤاجَرِ]

(٤٦٢): مسألة

اختلفَ قولُ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في عِتْقِ الراهنِ للعبدِ[١] المَرْهونِ هل يَنْفذُ، أم لا ؟ على قولَيْن، فإذا قُلْنا: إنَّه لا يَنْفُذُ، فيُقالُ: ما الفرقُ بينه وبين عِتْقِ العَبْدِ المُؤاجَرِ ؟

قُلْنا: الفرقُ بينهما: أنَّ عَقْدَ الإجارةِ عَقْدٌ على المَنْفعةَ، فليس في نُفُوذِ العتقِ فيه[٢] إبطالُ حقِّ المُسْتأجِرِ، وليسَ كذلك هاهُنا، فإنَّ في نُفوذِ[٣] عِتْقِ الرَّاهنِ إبطالَ حَقِّ الوثيقةِ بغيرِ إذنِ المُرْتَهِنِ، فلِهَذا لم يَصِحَّ، **يُوضِّحُ صحةَ ذلك**: أنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ يَتناوَلُ الرَّقبةَ بخِلافِ عَقْدِ الإجارةِ.

***

[في نفوذِ عتقِ المشتري للعبدِ قبل قبضِه]

[خ ١٢٣/أ]

[ب ٧١/أ]

(٤٦٣): مسألة

فإن قيل: أليسَ لو اشترَى عبدًا، فأعتقَه قبل القَبْضِ، وهو في يدِ البائعِ نَفَذَ عِتقُه، فهَلَّا كانَ هاهُنا مِثْلُه ؟

قُلْنا: [الفرقُ][٤]: أولًا قد اختلَف أصحابُنا في عِتْقِ المُشتري، فقال أبو عليٍّ ابنُ خَيْرانَ: لا ينفذُ عِتْقُه، كمسألتِنا، والمَذْهَبُ: أنَّه يَنْفُذُ[٥].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ العبدَ في يدِ البائعِ مَحبوسٌ بحكمِ العَقْدِ المتقدِّمِ؛ لأنَّه مَحْبوسٌ لأجلِ حقٍّ يَتعلَّقُ [به][٤]، فلِهَذا يَنْفُذُ العِتقُ فيه قبلَ القَبْضِ، وليس كذلك هذا، فإنَّه مَحْبوسٌ في يدِ المُرْتَهِنِ لأجلِ [تَعلُّقِ][٦] حقِّه برَقَبتِه[٧]، فلِهَذا لم يَنْفُذْ عِتْقُ الرَّاهنِ فيه.

***

(١) في (خ): (العبد).
(٢) في (خ): (منه).
(٣) في (ب): (نفوذه).
(٤) ليست في (خ).
(٥) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ٦٩، ٧٠.
(٦) ليست في (ب).
(٧) في (خ): (برقبة).

[في عتقِ السَّيدِ عبدَه الجانيَ، والراهنِ عبدَه المرهونَ]

(٤٦٤): مَسْأَلَة

فإن قيل: فلِمَ نَفَذَ عِتْقُه في العَبْدِ[1] الجاني مع تَعَلُّقِ أَرْشِ الجنايةِ برقبتِه[2]، ولَمْ يَنْفُذْ عِتْقُه في المَرْهُونِ.

قُلْنا: الفَرْقُ بينهما: أنَّ حقَّ الجنايةِ تَعَلَّقَ برقبةِ العبدِ بغيرِ اختيارِ صاحبِه، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ حَقَّ المُرْتهِنِ تعلَّقَ بالعبدِ باختيارِ صاحبِه فمنَعَ من نُفوذِ عتقِه فيه.

***

[في عِتقِ الوارثِ عبدَ التركةِ وعلى الميتِ دينٌ يُحِيطُ به]

(٤٦٥): مَسْأَلَة

إذا قُلْنا: إن عِتْقَه يَنْفُذ، فيُقال: فلِمَ لا يَنْفُذْ عِتقُ الوارثِ في [عبدِ التّركةِ][3] إذا كانَ على الميتِ دَيْنٌ يُحِيطُ به؟

قُلْنا: الفرقُ بينهما: هو أنَّ الوارثَ لا يَمْلِكُ العبدَ مِلْكًا تامًّا إذا كانَ على الميتِ[4] دينٌ يُحِيطُ به؛ فلِهَذا لم يَنْفذِ[5] العتقُ فيه[6]، وليسَ كذلك الرَّاهنُ، فإنَّه مالِكٌ لعبدِه مِلْكًا تامًّا، فلِهَذا جازَ أن يَنفذَ عِتْقُه فيه، فبانَ الفَرْقُ بينهما.

***

[في الجاريةِ المرهونةِ وَطِئَها الراهنُ، فأحبلها، هل يَنفُذُ إحبالُه]

(٤٦٦): مَسْأَلَة

فإن قيل: ما تقولُ [فيه][7] إذا كانَ الرَّهْنُ جاريةً، ووَطِئَها الراهنُ

(١) في (ب): (غيره عند).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٥/ ٢٦٥.
(٣) في (ب): (عقد الشركة).
(٤) في (خ): (الموروث).
(٥) في (ب): (يتقدم).
(٦) انظر: «نهاية المطلب» ٧/ ٤٧٦، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٥/ ٤٦٥.
(٧) ليست في (ب).

وأحبلَها؟ قُلْنا: يَنفُذ إحبالُه في حقِّ الرَّاهنِ قولًا واحدًا، وهل تَخرجُ من الرَّهْنِ، أم لا؟ الحُكمُ فيه كالعِتْقِ في حُكْمِ الرَّاهنِ(١).

فإن قيل: فلِمَ نَفَذَ إحبالُه، ولم يَنْفُذْ عتقُه؟

[خ ١٢٣/ ب]

قُلنا: الفرقُ بينهما: أنَّ نفوذَ العِتْقِ طريقُه القَوْلُ، ونفوذُ الإحْبالِ طريقُه الفِعْلُ، والفِعْلُ آكَدُ من القَوْلِ.

ألا ترى أنَّ المَحْجورَ عليه لو أعتقَ لم يَنفُذْ إعتاقُه، ولو اسْتَوْلَدَ(٢) جاريةً صحَّ استيلادُه، فكان الفرقُ بينهما ما ذَكَرْناهُ [من](٣) أنَّ طريقَ أحدِهما الفِعْلُ، والآخرَ القَوْلُ(٤).

***

(٤٦٧): مسألة

[في الأحكامِ المترتبةِ على إنفاذِ إحبالِ الراهنُ للجاريةِ المرهونةِ]

إذا ثبتَ أنَّ إِحْبالَ الرَّاهنِ يَنْفُذُ، فإنَّ الجاريةَ تَصِيرُ أمَّ وَلَدٍ [له](٥)، [ثمّ نَنْظُرُ](٣)، فإن لم يَكُنْ عنده ما يَقْضِي حقَّ المُرْتَهنِ، فإنَّها تُباع في الرَّهْنِ، ويُفرَّقُ بينها وبين [وَلَدِها عند](٥) استغنائِه عنها.

فإن قيل: أليسَ لو كانَتْ [له](٥) أَمَةٌ مَمْلوكةٌ، ومعها ولدٌ صغيرٌ مَمْلوكٌ؛ لم يكنْ له أن يُفرِّقَ بينهما في البيعِ(٦)، فلِمَ جازَ ذلك هاهُنا؟

قُلنا: [إنَّ](٣) الفَرْقَ بينهما: أنَّ الوَلَدَ هاهُنا حُرٌّ؛ [فلا يُمْكِنُ](٧) بيعُه مع الأُمِّ والولدِ في الموضعِ الذي ذَكَرْتَه مَمْلوكٌ، فلِهَذا لم يَجُزِ التَّفْرقة بينهما(٨).

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٩٢، و«الحاوي الكبير»: ٦/ ٥٠.

(٢) في (خ): (أولد). (٣) ليست في (ب).

(٤) انظر: «المهذب» ٢/ ٩٩، ١٠٠. (٥) ليست في (خ).

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ٢٢. (٧) في (ب): (لا يملك)، موافق لما في «الحاوي الكبير».

(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٥٣، ٥٤.

وفرقٌ آخرُ: وهو أنَّه لو فَرَّقْنا بين المملوكةِ وولدِها المملوكِ لضاعَ، وأدَّى إلى إلحاقِ الضَّرَرِ به، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ الولدَ هاهُنا له والِدٌ مَعْروفٌ يَحْفظُ[1] نسبَه، ويقومُ به؛ فلِهَذا فُرِّق بينهما. [ب ٧١/ ب]

***

(٤٦٨): مَسْأَلَة

[في وَطْءِ المُرتَهِنِ الجاريةَ المرهونةِ]

لا يجوزُ للمُرتهِنِ وَطْءُ الجاريةِ المَرْهونةِ بحالٍ، فإن أَذِنَ له الراهنُ في وَطْئِها؛ لم يكنْ له ذلك، فإن هو خالَفَ ووَطِئَها بإذنِه، وكان جاهلًا بالتَّحْريمِ، فلا حَدَّ عليه، وهل يَجِبُ عليه المَهْرُ، أم لا ؟ فيه قولان.

فإن هو أَحْبلَها؛ انعقدَ الولدُ حُرًّا، وهل يَجِبُ عليه قيمتُه [للراهنِ][2]، أم لا؟ من [أصحابِنا مَن][3] قال فيه قولان، كالمَهْرِ، ومنهم من قال[4]: تَجِبُ القيمةُ هاهُنا قولًا واحدًا.

---

(١) في (خ): (يحفظه). (٢) ليست في (خ).

(٣) ليست في (خ) قال الرافعي : (قال الإمام: هو كما لو استولد أحد الشريكين الجارية القنّة، وانعقد الولد حرّا، وفي وجوب قيمته قولان؛ بناء على أن العلوق على الحرّيّة، وانتقال الملك؛ هل يفترقان أم لا؟ وفي «التهذيب»: أنا إن قلنا: إن السّراية تحصل بنفس العلوق، فلا يجب.

وإن قلنا: يحصل بأداء القيمة، فيجب، لتقدّم العلوق على الملك، وعلى الواطئ أيضا نصف المهر للمكاتبة؛ لبقاء الكتابة في نصيبه. وهل يجب نصف قيمة الولد ؟ ينبى على أن الملك في ولد المكاتبة لمن هو؟). انظر «فتح العزيز بشرح الوجيز» ١٢/ ٥٦٦

(٤) قال ابن الرِّفعة : (فرع: لو استعار جارية للوطء، لم يصح؛ فإن وطئها، نظر: فإن كان عالما فهو زان، وإن كان جاهلًا بتحريم الوطء، فهو وطء شبهة موجب للمهر، وملحق للنسب، وينعقد الولد به حرًّا، ويلزمه قيمته. قلت: وكان ينبغي أن يكون الحكم فيه كما لو وطئ المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن؛ إذ لا يظهر لي بينهما فرق، والحكم فيها: أنه إن كان عالما وجب الحد، على الصحيح. وقيل: إن مذهب عطاء إباحة الجواري الوطء بالإذن؛ فيصير شبهة، ويلتحق بوطء الشبهة. وإن كان جاهلًا، فلا حد، وهل يجب المهر؟ فيه وجهان. انظر «كفاية النبيه في شرح التنبيه» ١٠/ ٣٦٣.

ويُفارِقُ المهرَ على أحدِ القولَيْن: هو أنَّ المَهْرَ حَقٌّ يَجِبُ في الحالِ، فعَمِلَ إِذْنُ الراهنِ في إسقاطِهِ على أحدِ القولَيْنِ، وليس كذلك قيمةُ الوَلَدِ، فإنَّه أَمْرٌ مَظْنُونٌ يَجُوزُ أن يوجدَ هناك وَلَدٌ، ويجوزُ أن لا يوجدَ، فلِهَذا لم يُؤَثِّرْ إذْنُ الرَّاهنِ في إسقاطِها على المُرْتَهنِ(١).

[خ ١٢٤/أ]

***

(٤٦٩): **مَسْأَلَة**

[في قولِ الراهنِ: زدني ألفًا أخرى، ويكونُ ما عندك من الرَّهنِ رَهْنا بهما]

إذا رَهَنَ عنده عبدًا بأَلْفٍ وسلَّمَه إليه، [ثُمَّ جاء إليه](٢) فقال: زِدْني ألفًا أُخْرَى، ويكونُ العبدُ عِنْدَكَ رَهْنًا بِهِمَا، فهل يَجوزُ ذلك، أم لا؟ على قولين:

قال في **الجديدِ**: لا يجوزُ حتَّى يَفْسَخا العَقْدَ الأولَ، ويَسْتَأْنِفا عَقْدًا جديدًا(٣)، وبه قال أهلُ العراقِ(٤).

وقال في **القديمِ**: يَجوزُ، وبه قال المُزَنِيُّ(٥).

إذا قُلْنا: إنَّه لا يجوزُ، يُقالُ: ما الفرقُ بين هذا، وبينه إذا ضَمِنَ عن رَجُلٍ حقًّا، ثم عادَ فضَمِنَ حقًّا للمضمونِ له، فإنَّه يجوزُ؟

---

(١) قال أبو إسحاق الشيرازي: (فصل: وإن وطئ المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان: أحدهما لا يجب المهر لأن البضع للسيد وقد أذن له ائتلافه فسقط بدله كما لو أذن له في قطع عضو منها والثاني يجب لأنه وطء سقط عنه الحد للشبه فوجب عليه المهر كما لو وطئ في نكاح فاسد فإن أتت منه بولد ففيه طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان كالمهر لأنه متولد من مأذون فيه فإذا كان في بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون في بدل ما تولد منه قولان). انظر «المهذب» ٢/ ٤٧٤، وانظر باقي تعليق الشيرازي في «المهذب».

(٢) ليست في (خ).

(٣) انظر: «الأم» ٤/ ٣٢٠، و«الإقناع في الفقه الشافعي» ص: ١٠٢.

(٤) انظر: «المبسوط» للسرخسي: ٢١/ ٩٧.

(٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٩٣.

قُلنـا: الفَـرْق بينهمـا: أنَّ الضمـانَ حَـقٌّ يَتعَلَّـقُ بالذِّمَّـة[١]، والذِّمَّـةُ تتَّسَـعُ لحقَّيْـن وأكثـر، **ألا تـرَى** أنَّـه يَصِـحُّ أن يَضْمـنَ لرجلَيْـن، وليـس كذلـك هاهُنـا فـإنَّ حـقَّ المُرْتَهـن يَتعَلَّـقُ برقبـةِ العبـدِ.

أَلا تَرَى أنَّـه لـو أرادَ أن يَرْهنَـه عنـد رجـلٍ آخرَ؛ [لـم يَجُزْ][٢] لاشتغالِ رقبتِه بحقِّ الأوَّلِ، فهكـذا فيـه إذا أرادَ الزيادةَ لرجـلٍ واحدٍ؛ وَجَبَ أَلَّا يجوزَ[٣].

***

(٤٧٠): **مسألة**

[فيما إذا آجرَه دارًا مُدةً معلومةً، فضَمّ إليها مُدة آخرى، والفرقُ بينها وبين مسألةِ الرهنِ]

إذا قُلْنـا[٤]: إنَّ ذلـك لا يَجُـوزُ، فقـال[٥]: مـا الفـرقُ بيـن هذا، وبيـن الإجارةِ حيـث قُلْتُـم: إنَّـه لـو آجَـرَه[٦] دارًا [معلومـةً][٢] مُـدَّةً مَعْلومـةً [قُلْتُـم][٧]: يَجوزُ أن يَضُـمَّ إلـى تلـك المُـدَّةِ مُـدَّةً أُخْرَى [معلومـةً][٢]؟

قُلْنـا: هـذا أولًا يُنْظَـرُ فيـه فـإن أَكْـرَى رجـلًا دارًا [مُـدّةً][٢] مَعْلومـةً، فـأرادَ أن يُكْرِيَهـا[٨] مـن غيـرِه مُـدَّة أخـرَى قبـل انْقِضـاءِ مُـدَّةِ الأوَّلِ؛ لـم يَجُـزْ، وإن [أرادَ][٧] أن يُكْرِيَهـا ممَّـن هـي في يـدِه [مُـدَّة أخـرَى][٧] قبـل انْقِضـاءِ هـذه المُـدَّة، فهـل يَجُـوزُ، أم لا؟ فيـه وجهـان:

أحدُهما: لا يجوزُ، فعلى هذا لا فَرْقَ بينهما.

والثاني: يَجُوزُ.

والفرقُ [بينهمـا][٢]: هـو أنَّـه في الإجـارةِ إنَّمـا يَعْقِـدُ[٩] علـى منفعـةٍ مـدةً معلومـةً بأُجْـرةٍ معلومـةٍ؛ [لا أنَّهـا][١٠] بالأجْـرةِ الأَوَّلَـةِ فلِهَـذا جـازَ، وليـس [خ ١٢٤/ب]

---

(١) في (ب): (في الذمة). (٢) ليست في (خ).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٣٥. (٤) في (ب): (قال).

(٥) في (خ): (فيقال). (٦) في (خ): (أكراه). (٧) ليست في (ب).

(٨) في (ب): (يكتريها). (٩) في (ب): (ينعقد). (١٠) في (خ): (لأنها)، تصحيف.

[ب ٧٢/ أ]

كذلك في مسألتِنا، فإنَّ الحقَّ يتعلَّق بعَيْنِ [الرَّهنِ وبكلِّ][١] جُزْءٍ منه، فهو إنَّما يريدُ[٢] فيه حقًّا بذلك الرَّهْنِ الأولِ؛ فلِهَذا قُلْنا: لا يَجوزُ، فبان الفرقُ بينهما.

[فيما إذا جنى العبدُ المرهونُ جنايةً وتعلّقَ أرشُها برقبَتِه]

وأمَّا إذا جَنَى العبدُ المرهونُ جنايةً وتَعَلَّقَ أَرْشُها برقبتِه، فقال المُرتهنُ: أنا أَفْدِيه على أنَّ [يكونَ][٣] العبدُ رَهْنًا به وبالدَّيْنِ الذي [لي][٤] عليه؛ فقد نصَّ الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ على أنَّ ذلك جائزٌ.

واختلف أصحابُنا فيه، فمنهم من قالَ: إنَّما أجابَ بذلك على أحدِ القولَيْن [في أنَّ الزيادةَ في الرَّهنِ تَجوزُ، ومنهم من قال: يَجوزُ ذلك على القولَيْن][٣] جميعًا[٥].

فعلى هذا **الفَرْقُ**[٦] **بينهما**: هو أنَّ[٧] هذه المسألةَ مَصْلحةٌ للرَّهنِ وتَخْليصٌ له من الجنايةِ، فلِهَذا جازَ، وليس كذلك في مسألتِنا، فإنَّه لا مصلحةَ فيه للعَقْدِ.

وفرقٌ آخرُ: وهو أنَّه إذا جَنَى العبدُ المَرْهونُ تَبِعَتِ[٨] الرَّهنَ، وصارَ[٩] [كالرَّهنِ][١٠] الجائزِ[١١]، فإذا فَداهُ عادَ إلى انْبرامِه[١٢] واستقرارِه[١٣]، فلِهَذا جازَ، وفي مسألتِنا بخلافِه[١٤].

---

(١) في (ب): (الراهن بكل).
(٢) كذا في النسختين.
(٣) ليست في (خ).
(٤) ليست في (ب).
(٥) انظر: «المهذب» ٢/ ٩٢، و«الحاوي الكبير»: ٦/ ١٦٥، و«نهاية المطلب» ٦/ ١٣٣، و«الوسيط في المذهب»: ٣/ ٤٧٧، ٤٧٨.
(٦) في (ب): (لا فرق).
(٧) بعده في (ب): (في)
(٨) في (ب): (شعب).
(٩) في (ب): (صار).
(١٠) في (خ): (كالراهن).
(١١) في (خ): (الحائر)، بدون نقط.
(١٢) في (خ): (إبرامه).
(١٣) في (خ): (واستقر).
(١٤) في (خ): (خلاف).

فأمَّا إذا زادَه الرَّاهِنُ رَهْنًا [بأن][1] قال: خُذْ هذا العبدَ الآخرَ على أن يكونَ هو والأولُ رَهْنًا عندك بالحقِّ الذِّي لك؛ جازَ قولًا واحدًا.

والفرقُ: هو أنَّ هذه زيادةُ وثيقةٍ، فجاز ذلك كما لو أقامَ له مع الرَّهْنِ ضامنًا، وليس كذلك في مسألتِنا فإنَّه زيادةٌ في الحَقِّ بعدما اشْتَغَل الرهنُ بالحَقِّ الأَوّلِ؛ فلِهَذا لم يَجُزْ.

***

(٤٧١): مَسْأَلَةٌ حسنةٌ في هذا الفصلِ

وهو إذا اشترَى منه [شيئًا][2] بثمنٍ معلومٍ وتَقَايَضا وافْتَرقا، ثم جاءَ المُشتري إلى البائعِ بعد لُزومِ العَقْدِ، فقال: خُذْ هذا زيادةً في الثَّمنِ؛ لم يلزَمْ ذلك، وكان ابتداءَ هِبَةٍ[3] من المشتري[4]، فيُقال: لِمَ جازَتِ الزيادةُ في الرَّهْنِ على أحدِ القولَيْن ولَحِقَتْ بالأَصْلِ ؟

فيُقالُ[5]: **الفرقُ بينهما**: هو أنَّ عَقْدَ البيعِ عَقْدُ معاوضةٍ، فالثَّمنُ في مقابلةِ المُثْمَنِ كلُّ واحدٍ منهما عِوَضٌ عن صاحبِه، فلِهَذا لم تَلْحَقِ الزيادةُ؛ لأنَّه ليسَ فيها مَعْنَى المُعاوَضةِ إلَّا بفَسْخِ العَقْدِ؛ فلِهَذا لم يَلحَقْ به، وفي مسألتِنا تَعَلَّقَ الحقُّ بالرَّهْنِ لا على سبيلِ المُعاوضةِ، لكن على سبيلِ الوَثِيقةِ [فلِهَذا افْترقا][2]. [خ ١٢٥/أ]

***

(١) ليست في (ب).

(٢) ليست في (خ).

(٣) في (ب): (هذه)، تصحيف.

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٥/ ٢٢٤، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ٣٣٤.

(٥) في (ب): (ويقال ما).

[في الدارِ الرَّهْنِ تنهَدِمُ، والدارِ الموصى بها تنهدمُ قبل موتِ الموصي]

(٤٧٢): مسألة

إذا رهنَه دارًا فانْهدمَتْ؛ كانَتِ العَرْصَةُ[١] وما تَهَدَّم منها رَهْنًا[٢]، ولو وَصَّى له بدارٍ فانهدمَتْ قبل مَوْتِ المُوصِي، ثم ماتَ، فإنَّ ما انْهَدَم منها لا يكونُ داخلًا في الوصيةِ[٣].

والفرقُ: هو أنَّ الرهنَ الاعتبارُ فيه بما[٤] كانَ موجودًا حالَ العَقْدِ والقَبْضِ، فلِهَذا كانَ ما انْهَدَم من الدارِ [داخلًا في الرَّهنِ][٥]؛ لأنَّه وُجِد في حالِ العَقْدِ والقَبْضِ، و[أمّا][٦] الوَصِيّةُ، فالاعتبارُ [فيها بما][٧] كان موجودًا [حالَ القبُولِ][٨]، وما انْهَدم [منها][٩]؛ لم يَكُنْ موجودًا في تلك الحالةِ، فلِهَذا لم يكنْ داخلًا في الوصيةِ[١٠].

***

[في المرتهنِ يأذنُ للراهنِ في البيعِ على أن يُعَجِّلَه حقَّه]

(٤٧٣): مسألة

إذا كانَ له عنده رَهْنٌ على حقٍّ مُؤَجَّلٍ، فأَذِنَ المُرْتَهِنُ للرَّاهِنِ في البيعِ على أن يُعَجِّلَ[١١] حقَّه من الثَّمنِ؛ لم يَجُزْ ذلك، وكان البيعُ باطلًا بهذا الشَّرْطِ.

[ب ٧٢/ ب]

وقال أبو إسحاقَ: في صحةِ ذلك قولانِ، **والصحيحُ**: هو الأولُ[١٢].

---

(١) العرصة: كلّ بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء والجمع: العراص والعرصات. «مختار الصحاح» ص: ٢٠٥

(٢) انظر: «الأم»: ٤/ ٢٩٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٩٢.

(٣) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٤٤، و«الحاوي الكبير»: ٨/ ٢٧٧، و«المهذب» ٢/ ٣٦٢.

(٤) في (ب): (لما).

(٥) في (خ): (رهنا).

(٦) زيادة يقتضيها السياق.

(٧) في (ب): (فيه لما).

(٨) في (ب): (بالقبول).

(٩) ليست في (ب).

(١٠) انظر: «بحر المذهب» ٥/ ٢١٢.

(١١) في (خ): (يعجله).

(١٢) انظر: «المهذب» ٢/ ١٠١، و«الحاوي الكبير»: ٦/ ٧٣.

فإذا ثَبَتَ هذا يقالُ: أليسَ لو وكَّلَه في بيعِ شيءٍ على أن يكونَ له كذا وكذا جُعْلًا؛ كان ذلك صحيحًا، قُلْنا: أمّا البيعُ بهذا الشَّرْطِ؛ فالتَّوكيلُ فيه جائزٌ، **والفرقُ**: هو أنَّ الشَّرْطَ [لم يَقَعْ][1] في نفسِ عَقْدِ الوَكالةِ، وإنَّما وَقَع في البيعِ، والبيعُ يَحْصُلُ مُسْتفادًا بالتَّوكيلِ؛ فلِهَذا جاز، وفي مسألتِنا البيعُ حصَلَ بنفسِ[2] الشَّرْطِ، فلِهَذا لم يَجُزْ.

وفرقٌ آخرُ: هو أنَّ الشَّرْطَ في الوَكالةِ يَبْطُلُ ويَبْقَى الإذنُ في التَّصرُّفِ، فلِهَذا جازَ، **ألا ترَى** أنَّه يستحقُّ أُجْرةَ[3] المِثْلِ، وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأنَّه [إذًا][4] أَذِنَ له في البيعِ بشَرْطِ تَعْجيلِ الثَّمَنِ، فباعَ [على][4] ذلك حَصَلَ بيعٌ من غيرِ إذنٍ؛ لأنَّه مُتأخِّرٌ عن الشَّرْطِ، ولو باعَ عن[5] غيرِ إذنِه؛ لم يصحَّ ؛ فلِهَذا فُرق بينهما. [خ ١٢٥/ ب]

***

(٤٧٤): [مَسْأَلَة][1]

[في الخمرِ استحالت خمرًا، ثم عادت خلًّا، وفي موتِ الشاةِ الرهنِ]

إذا رَهْنه عَصِيرًا فاسْتَحالَتْ خَمْرًا؛ بَطَل الرَّهْنُ[6]، فإن أراقَها وجَمَعَها الرَّاهنُ وعادَتْ خَلًّا، فهل يعودُ الرَّهن كَما كانَ، أم لا ؟ على وجهَيْن.

ولو رَهَنَه شاةً فماتَتْ فأخذَ الرَّاهِنُ جلدَها فدبغَه، [لم يَعُدْ][7] رَهْنًا

(١) ليست في (خ). (٢) في (خ): (بتعين). (٣) في (ب): (أجر).

(٤) ليست في (ب). (٥) في (خ): (من). (٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٩٤.

(٧) في (ب): (يعود)، وصوابه ما في (خ)، قال أبو إسحاق الشيرازي: (فصل: فإن كان المرهون عصيرًا صار في يد المرتهن خمرًا زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن؛ لأنه صار محرمًا لا يجوز التصرف فيه فزال الملك وبطل الرهن كالحيوان إذا مات، فإن تخللت عاد الملك فيه لأنه عاد مباحًا يجوز التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة إذا دبغ ويعود رهنا؛ لأنه عاد إلى الملك السابق وقد كان في الملك السابق رهنا فعاد رهنا فإن كان المرهون حيوانا فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه فهل يعود الرهن؟ فيه وجهان: قال أبو علي ابن خيران: يعود كما لو رهنه عصيرًا فصار خمرًا ثم صار خلًّا، وقال أبو إسحاق: لا يعود الرهن؛ لأنه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهنا بخلاف الخمر فإنها صارت خلا بغير معنى من جهته). انظر «المهذب في فقه الإمام الشافعي» ٢/ ١٠٥.

على الصَّحيحِ من المَذْهَبِ؛ لأنَّه إنَّما طَهُرَ[١] هاهُنا بفِعْلٍ وُجِدَ منه؛ فهو غيرُ الأولِ؛ فلِهَذا لم يَعُدْ رهنًا، و[الخمرُ][٢] إذا استحالَتْ خَلًّا؛ فهي استحالَتْ بنفسِها لا بإحداثِ فِعْلٍ، فلِهَذا عادَتْ بمَعْناها الأولِ[٣].

***

[في العدلِ يُسلِّم الرهنَ لأحدِ المتراهنين، في الوديعةِ لرجلين سَلَّمَها المودَعُ لأحدِهما]

(٤٧٥): مَسْألة

ولو تَراهَنا فشَرَطَا[٤] أن يكونَ على يَدَيْ عَدْلٍ، ثم تَغيَّرَت حالُ العَدْلِ بأن ضَعُفَ أو أرادَ السَّفَر، فإن عليه أن يُسْلِمَ الرَّهْنَ إليهما جميعًا، فإن سَلَّمَه إلى أحدِهما؛ ضَمِنَ جميعَه[٥].

ولو أَوْدَعا عند عَدْلٍ وديعةً، ثم أرادَ العَدْلُ أن يسافرَ؛ كانَ عليه ردَّها إليهما، فإن ردَّها إلى أحدِهما؛ ضَمِنَ حصةَ الآخرِ.

ويُفارِقُ الرَّهْنَ؛ لأنَّ الوديعةَ لكُلِّ واحدٍ منهما نصفُه ومِلْكُه ثابتٌ عليه؛ فلِهَذا ضَمِنَ حصةَ أحدِهما دُون الجميعِ، وليس كذلك الرَّهْنُ، فإنَّ حَقَّ كلِ واحدٍ منهما تَعَلَّق[٦] بجميعِه، فجميعُه مِلْكٌ للرَّاهِنِ وجميعُه وَثِيقَةٌ للمُرْتَهِن، فلِهَذا ضَمِنَ جميعَه بالردِّ إلى أحدِهما.

***

[في اشتراطِ المُرتهِنِ رهنًا بعينِه، وفي اشتراطِ صاحبِ الحقِّ ضامنًا بعينِه]

(٤٧٦): مَسْألة

إذا باعَه شيئًا بشَرْطِ أن يُرْهِنَه رَهْنًا بعَيْنِه، فأرادَ أن يُرْهِنَه غيرَه؛ لم يَجُزْ، [وكذا لو شَرَطَ][٧] أن يُقِيمَ له ضامِنًا بعينِه؛ لم يَكُنْ له أن يُقِيمَ غيرَه، ولو شَرَطَ أن يُشْهِدَ له شاهدَيْن بأعيانِهما؛ كان له أن يُشْهِدَ غيرَهما على أحدِ الوجهَيْن.

---

(١) في (ب): (طهرها).
(٢) ليست في (خ).
(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ١١٠، ١١١.
(٤) في (ب): (فشرطا على).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ١٥١، ١٥٢.
(٦) في (ب): (يفارق).
(٧) ليست في (ب).

[خ ١٢٦/أ]

والفرقُ بينهما: هو أنَّه لا غَرضَ في أعيانِ الشُّهودِ؛ فلِهَذا جازَ أن يُقيمَ غيرَهما مَقامَهما، وليس كذلك في الضَّمِينِ[1] والرَّهْنِ، فإنَّ في ذلك غَرَضًا صحيحًا؛ إذ قد يَجُوزُ أن يكونَ ضامِنًا أَمْلأَ من ضامِنٍ، ورَهْنًا أَوْفى من قيمةِ رَهْنٍ؛ فلِهَذا افْتَرَقا[2].

***

(٤٧٧): مَسْأَلَة

[فيما إذا ظَهَر عَيْبٌ في العبدِ المشترَى بعد موتِه، كذا في العبدِ الرهنِ]

إذا باعَه عبدًا فسَلَّمه إليه وماتَ العبدُ [المُشْتَرَى][3]، ثُمَّ علمَ أنَّ به عيبًا؛ كان للمُشْتَري أن يَرجِعَ[4] بالأَرْشِ على البائعِ، ولو كان هذا في الرَّهْنِ؛ لم يَكُنْ لَه أن يَرْجِعَ عليه بالأَرْشِ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ على البائعِ تسليمَ جميعِ المَبيعِ، فإذا كان مَعِيبًا؛ لم يُوجدْ منه تَسْليمُ الجميعِ[5]؛ فلِهَذا رَجَعَ عليه بالأَرْشِ، وليسَ كذلك في الرَّهْنِ؛ فإنَّه لا يَجِبُ على الراهنِ تسليمُ الرَّهنِ.

وأيضًا: فإنَّ المُشْتري بَذَلَ[6] الثَّمنَ؛ ليَحْصَلَ له جميعُ المبيعِ، فإذا كان مَعِيبًا فما حَصَلَ [له][7] جميعُ المَبيعِ، فلِهَذا رَجَعَ عليه بالأَرْشِ، وليس كذلك الرَّهنُ.

***

(٤٧٨): مَسْأَلَة

[في النماءِ المنفصِلِ عن الرهنِ]

نَماءُ الرَّهنِ المَنْفَصِلِ للراهنِ خارجٌ من الرَّهْنِ، كالوَلَدِ والنِّتاجِ والثَّمَرةِ ونحوِ ذلك، فأمَّا ولدُ الأُضْحيةِ؛ فإنَّه يكونُ تَبَعًا لأمِّه.

---

(١) الضمين والضامن: هو الجاعل الشّيء في ضمانه. انظر: «حلية الفقهاء»: ١/ ١٤٣.

(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ١٤٨. (٣) ليست في (خ). (٤) في (ب): (يرجع عليه).

(٥) في (خ): (المبيع). (٦) في (ب): (بذله). (٧) ليست في (ب).

والفرقُ بينهما: هو أنَّ للأضحيةِ مَعْنَى يُزِيلُ المِلْك، فلِهَذا سَرَى إلى الوَلَد، والرَّهْنُ وثيقةٌ لا يَفْضِي[1] إلى زَوالِ[2] المِلْكِ، فلِهَذا لم يَسْرِ إلى الوَلَدِ [المرهونِ][3]؛ كولدِ الضَّامِنة[4].

ويُفارِقُ [ولدُ][5] أمِّ الولدِ؛ لأنَّ الولدَ يَثْبُتُ[6] له الحريّةُ، ثم الأمَّ يَثْبتُ[6] لها بذلك حُرْمةُ[7] الاسْتِيلادِ، وليس كذلك الرَّهْنُ، فإنَّه إنَّما تَعَلَّقَ حقُّ الوثيقةِ بالأمِّ دون الوَلَدِ؛ فلِهَذا فُرِّق بينهما.

***

---

(١) في (ب): (يقضي). (٢) في (ب): (ذلك).

(٣) ليست في (خ)، انظر: «المهذب» ٢/ ٩٥، ٩٦.

(٤) ولد الضامنة، أي: ولد المضمونة وفاعل هنا بمعنى مفعول قال القرطبي في «تفسيره» ٩/ ٤٠: وقال آخر:

دَعِ المَكارِمَ لَا تَنْهَضْ لبُغْيَتِها   واقْعُدْ فإنَّك أنتَ الطاعِمُ الْكَاسِي

أي: المطعوم المكسوّ.

أي: إن فاعل بمعنى مفعول وعليه فولد الضامنة أي ولد المضمونة وقال ابن سيده: (باب فاعل في معنى مفعول): قد قدّمت أن عيشة راضية في قول بعضهم بمعنى مرضيّة وقالوا: ساحل البحر فاعل في معنى مفعول لأن الماء سحله: أي قشره. وقال بشر بن أبي خازم:

ذَكَرْتُ بِهَا سَلْمَى فبِتُّ كَأَنَّمَا   ذَكَرْتُ حَبِيبًا فاقِدًا تَحْتَ مَرْمَسِ

أي: مفقودًا، وقالوا للجبل الّذي لا نبت فيه حالق، وإنّما هو محلوق من النّبات كالرأس المحلوق من الشّعر، وقالوا للَحمتي الفخذين بادّ وإنّما حكمه مبدود لأن صاحبهما بدّهما على السّرج أي: فرّقهما وقد قالوا مفعول في معنى فاعل. قال الله عز وجل: ﴿إِنَّهُۥ كَانَ وَعْدُهُۥ مَأْتِيًّا﴾ مريم (٦١). أي آتيا. انظر «المخصص» ٤/ ٤٠٠.

قال الدميري: (والأصح: أن ولد العرض مال تجارة، وولد المبيعة الحادث في مدة الحبس في يد البائع ليس للبائع حبسه، وولد المرهونة الحادث بعد الرهن غير مرهون، وولد المضمونة غير مضمون، وولد المغصوبة غير مغصوب، وولد المودعة كالثوب الذي أطارته الريح إلى داره، وولد الجانية لا يتبعها في الجناية، وولد المرتدين مرتد على الأظهر، وولد العدو في قبول شهادته ثلاثة أقوال لمالك تقدمت، وولد مال القراض يعود به المالك، وولد المستأجرة غير مستأجر). انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» الدّميري: ١٠/ ٥٩٠.

(٥) ليست في (خ). (٦) في (ب): (ثبت). (٧) في (خ): (حرية).

(٤٧٩): مَسْألة

[في تلفِ الرهنِ في يدِ المرتهنِ من غيرِ تفريطٍ]

الرَّهْنُ أمانةٌ في يَدِ المُرْتَهِن، فإذا تَلِفَ في يدِه من غيرِ تَفْرِيطٍ؛ فلا ضمانَ عليه، ولا يَسْقُطُ الحقُّ بتَلَفِه[1]، ولو كان له عبدٌ فجَنَى، فتَعلَّق أَرْشُ الجنايةِ برقبتِه ثُمَّ مات؛ سَقَط ذلك.

[خ ١٢٦/ب]

والفَرْقُ [بينهما][2]: هو أنَّ حقَّ الجنايةِ تعلَّق بالعَيْنِ وحدَها من غيرِ اختيارِ صاحبِه؛ فلِهذا سَقَط بتَلَفِه، وليس كذلك الرَّهْنُ، فإنَّ الدَّيْنَ تَعَلَّقَ بذِمّةِ الرَّاهنِ، والرَّهْنُ وَثِيقة؛ فلِهَذا لم يَسْقُطِ [الحقُّ][3] بتَلَفِه؛ كمَوْتِ الشَّاهِدِ والضَّمِينِ، فأمّا المَقْبوضُ عن القَرْضِ، فهو مَضْمونٌ؛ لأن المُسْتَقْرِضَ أخذَ ذلك لمنفعةِ نفسِه ليَتَصرَّفَ فيه، فلِهَذا كانَ مَضْمونًا[4] عليه، والرَّهْنُ[3] بخلافِه.

***

(٤٨٠): مَسْألة

[في تعدِّي الأجنبيِّ على البَهيمةِ الرهنِ، فتَضَعُ جنينًا حيًّا فيموتُ]

إذا رَهَنَه بَهيمةً، وضَرَبَ ضارِبٌ بطنَها فألقَتْ جَنِينًا حيًّا ثم ماتَ؛ فعليه أكثرُ الأمرَيْن من قيمةِ الجَنَينِ، أو ما نقصَ [من][3] [ثمنِ][2] الأمِّ بالضَّرْبِ، فإن كانَتِ القيمةُ أكثرَ كانَتْ للراهنِ، ولم يَلْزمْه أن يَجْعلَها رهنًا، وإن كان ما نَقَصَ أكثرَ أَخَذَ وجُعِلَ رَهْنًا[5].

والفرقُ: هو أنَّ القيمةَ بَدَلٌ عن الولدِ، والولدُ خارِجٌ من الرَّهْنِ، وكذلك بَدَلُه، وما نَقَصَ بَدَلٌ عن جُزْء تالِفٍ من الأمِّ وهي رَهْنٌ، فكذلك بَدَلُه[6].

***

---

(١) انظر: «المهذب» ٢/ ١٠٥.

(٢) ليست في (ب).

(٣) في (ب): الرهن.

(٤) في (ب): (ضامنا مضمونا).

(٥) انظر: «المهذب» ٢/ ١٠٥.

(٦) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ١٠٣.

[في رهنِ المشاعِ]

(٤٨١): مَسْألة

رَهْنُ المُشَاعِ[١] عندنا جائزٌ[٢]؛ مِثْل أن يُرْهنَه نصيبَه من دارٍ مُشاعةٍ، وما أشبهَ ذلك، فأمَّا إذا رَهَنَه نصيبَه من بيتٍ مُشَاعٍ في دارٍ؛ ففي صحةِ الرَّهْن وَجْهان: [ب ٧٣/ ب]

أحدُهما: يجوزُ.

والثاني: لا يجوزُ[٣]، **ويُفارِقُ** رَهْن المُشاع من الدارِ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على المُرْتَهِن [في ذلك][٤]، وليس كذلك في البيتِ المُفْرَدِ[٥]؛ لأنَّ عليه ضررًا لا يُمْكن أن يُقاسمَ، فيُؤَدِّي إلى نُقصانِ القيمةِ؛ فلِهَذا افْتَرَقا.

***

[في اختلافِ الراهنِ والمُرتهنِ في ردِّ الرهنِ]

(٤٨٢): مَسْألة

إذا اختلفَ الرَّاهِنُ والمُرْتَهِنُ، فقال المُرتهنُ: قد سلَّمْتُ الرَّهْنَ إليك ورَدَدْتُه عليك، وقال الرَّاهنُ: لم تَرُدَّ عليَّ شيئًا، كانَ القولُ قَوْلَ الرَّاهنِ.

ولو اختلفَ المُودِعُ والمُودَعُ، فقال المُودَعُ: قد رددْتُ عليك الوديعةَ [وأنكرَ ربُّها][٦]، كانَ القَوْلُ قولَ المُودَعِ. [خ ١٢٧/ أ]

---

(١) المشاع: المشترك غير المقسوم، من قولهم: أشاع الخبر: إذا أذاعه، ولم يختص به واحد دون واحد، قال الأزهرى: إنما قيل له: مشاع؛ لأن سهم كل واحد من الشريكين أشيع، أي: أذيع وفرق في أجزاء سهم الآخر حتى لا يتميز منه، يقال: شاع اللبن فى الماء: إذا تفرقت أجزاؤه في أجزائه حتى لا يتميز. «النظم المستعذب» : ٢/ ٢٨، و«الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي»، ص: ١٦٢.

(٢) انظر: «الأم» : ٤/ ٣٩٥، و«مختصر المزني» : ٨/ ١٩١.

(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ٩١، و«نهاية المطلب» ٦/ ٢٩٥.

(٤) ليست في (ب).

(٥) في (خ): (المنفرد).

(٦) في (ب): (وأنكرتها).

والفرقُ بينهما: هو أنَّ المُرْتهِنَ أَخَذَ الشَّيْءَ لمَنْفعةِ نفسِه، وهو التَّوثُّقُ[١]؛ فلِهَذا لم يُقْبَل قولُه في الردِّ[٢]، وليس كذلك المُودَعُ فإنَّه أخذَ الوديعةَ لمنفعةِ صاحبِها، ولا حَقَّ له فيها؛ فلِهَذا كان القولُ قولَه في الردِّ[٣]، **ألا ترى** أنَّ ربَّ الوديعةِ أيَّ وَقْتٍ شاءَ انْتَزَعَ الوديعةَ [من يدِه][٤]، وليسَ كذلك الرَّاهنُ[٥]، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٤٨٣): مَسألة

[في إفلاسِ المُحالِ عليه]

إذا حُجِرَ على المُفْلِسِ وتَعَلَّقَتْ حقوقُ الغُرماءِ بأعيانِ مالِه[٦]، فكلُّ من وَجَدَ منهم عَيْنَ مالِه قائمةً؛ كانَ له الرجوعُ بها[٧]؛ فعلى هذا يُقال: إذا أحالَه بالحَقِّ الذي [عليه][٤] له على رجلٍ، فأَفْلَسَ المُحالُ عليه؛ لم يَكُنْ للمُحالِ الرُّجوعُ على المُحِيلِ[٨]، فما الفرقُ؟

قُلْنا: [هو][٩] أنَّ الحوالةَ تَجْرِي مَجرَى القَبْضِ عندنا، فإذا أحالَه [كان][٩] بمَنْزلةِ ما لو قَبَضَه حقَّه، فلِهَذا لم يَكُنْ له الرجوعُ بإفلاسِه، وليس كذلك هاهُنا فإنَّ حقَّ البائعِ انتقَلَ من[١٠] عَيْنِ المالِ [إلى][٤] ذِمّةِ المُشْتَرِي، فإذا خَربَتْ بالإفلاسِ؛ كان له الرجوعُ إلى عَيْنِ مالِه؛ لأنَّه لم يَحْصُلْ له عِوَضٌ عنها[١١].

***

(١) في (ب): (التوثيق).
(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ١١١، و«نهاية المطلب» ٦/ ٢٩٣.
(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ١٨٧، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٤٩٨.
(٤) ليست في (خ).
(٥) في (ب): (الرهن).
(٦) في (خ): (ملكه).
(٧) في (خ): (فيها)، انظر: «المهذب» ٢/ ١١٦.
(٨) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٠٥، و«المهذب» ٢/ ١٤٥.
(٩) ليست في (ب).
(١٠) في (ب): (إلى).
(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٤٢٢.

[في البائع يجدُ عينَ مالِه زائدةً بعدَ فَلَسِ المشتري]

(٤٨٤): مسألة

إذا أَفْلَسَ المُشتَرِي ووجدَ البائعُ عَيْنَ(١) مالِه زائدةً نَظَرْتُ؛ فإن كانت الزيادةُ مُنْفصِلةً كالولدِ؛ فهي للمشتَرِي، ولا حقَّ للبائعِ [فيها](٢)، وإن كانَتْ غيرَ مُمَيَّزةٍ كالسَّمْنِ ونحوِه؛ كان للبائعِ أن يرجعَ في عَيْنِ مالِه بزيادتِها.

[فيما إذا طَلَّقها قبل الدخولِ، وقد زاد الصَداقُ]

قالوا: أليسَ لو أصدقَ امرأتَه عبدًا أو جاريةً، ثم طلَّقَها قبل الدُّخولِ، وقد زادَ الصَّدَاقُ زيادةً غيرَ مُميَّزةٍ؛ لم يَكُنْ للزَّوْجِ أن يرجِعَ بنصفِه زائدًا، والخِيارُ إلى المرأةِ إن شاءَتْ أعطَتْه نصفَه زائدًا، وتكون(٣) مُتطوِّعةً بالزيادةِ، وإن شاءَتْ أعطَتْه نصفَ قيمتِه يومَ الصَّداقِ فما الفرقُ؟ [خ١٢٧/ب]

قُلْنا: الفرقُ بينهما ظاهرٌ: وهو أنَّ الزَّوجَ مُتَّهَمٌ في إيقاعِه الطلاقَ قبلَ الدُّخولِ لأجلِ زيادةِ الأصلِ(٤)؛ فلِهَذا لم يكنْ له الرجوعُ بنصفِه، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ البائعَ غيرُ مُتَّهَمٍ؛ لأنَّ إفلاسَ المُشتَرِي لم يكنْ باختيارِه؛ فلِهَذا رَجَع في عَيْنِ مالِه بزيادتِها(٥). [ب ٧٤/ أ]

وفرقٌ آخرُ: وهو أنَّ ذِمّةَ المُفْلِسِ قد خَرِبَتْ والبائعُ لم يَحصُلْ له شيءٌ، فلِهَذا رَجَع بعَيْنِ مالِه؛ إذْ لو لم نَقُلْ(٦) ذلك؛ كانَ عليه ضَرَرٌ، وليس كذلك الزوجُ؛ لأنَّه قد سَقَطَ حقُّه من الصَّداقِ يومَ العَقْدِ، والطلاقُ قبلَ الدخولِ ابتداءُ سببٍ لحُصولِ المِلْكِ له؛ فلِهَذا لم يَرْجِع له(٧) زائدًا؛ لأنَّ حَقَّه تعلَّق بالقيمةِ؛ فلِهَذا افْترَقا(٨).

***

(١) في (خ): (عن). (٢) ليست في (ب).

(٣) في (ب): (أو تكون). (٤) في (خ): (الصداق).

(٥) حكى هذا الفرق الماورديّ عن أبي الفيّاض البصري، واسمه: محمد بن الحسن بن المنتصر، تفقّه على أبي حامد المروذي، ودرّس بالبصرة، وعنه أخذ فقهاؤها. انظر: ترجمته في «طبقات الفقهاء» الشافعية: ١/ ١٤٦.

(٦) في (ب): (يفعل). (٧) في (ب): (به). (٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٢٧٩، ٢٨٠.

(٤٨٥): مَسْألَةٌ

[في حلولِ الدَّيْنِ بالموتِ، أو بالحجرِ على المُفْلِسِ]

إذا ماتَ مَنْ عليه دينٌ مُؤَجَّلٌ؛ حَلَّ الدَّينُ بموتِه(١)، ولو حُجِرَ على المفلِسِ وعليه دَيْنٌ مؤجَّلٌ؛ لم يَحُلِ الدَّينُ المؤجَّلُ بالحَجْرِ على أحدِ القولَيْن(٢).

والفرقُ: هو أنَّ بالمَوْتِ قد خَرِبَتِ الذِّمةُ؛ فلِهَذا حَلَّ الدَّينُ بموتِه(٣)؛ إذْ في بقاءِ الأجلِ ضررٌ، وليس كذلك في الحَجْرِ؛ لأنَّ ذمتَه قائمةٌ بدليلِ أنَّه لو باعَ واشتَرى في ذمتِه؛ جازَ ذلك، فدلَّ على الفرقِ بينهما.

***

(٤٨٦): مَسْألَةٌ

[في المفلسِ له دينٌ له به شاهدٌ، فامتنعَ من اليمينِ، فهل للغرماءِ أن يحلفوا]

إذا كان للمُفْلِسِ دَيْنٌ، وبه شاهِدٌ واحِدٌ، فامتنعَ [من](٤) أن يحلِفَ معه، فهل يَحْلِفُ الغُرَماءُ أم لا؟ من أصحابِنا من قال: فيه قولانِ(٥)، ومنهم من قال: يَحْلِفُون قولًا واحدًا.

ولو ماتَ وخَلَّف دَينًا على إنسانٍ [وعليه دينٌ](٦) وله بدينِه شاهِدٌ واحدٌ، وامتَنَعَ الورثةُ أن يَحْلفوا مع شاهدِهم، فهل يكون لغرماءِ دَيْنِ الميتِ أن يَحْلفوا، أم لا؟ على قولَيْن(٧).

[خ ١٢٨/أ]

---

(١) انظر: «المهذب» ٢/ ١٢٤.

(٢) انظر: «الأم»: ٣/ ٢١٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٠٢، و«المهذب» ٢/ ١١٥، و«منهاج الطالبين» ص: ١٢٠، وهو اختيار المزني، وصححه الشيرازي، واستظهره النووي رحمهم الله.

(٣) انظر: «التهذيب في الفقه الشافعي» للبغوي: ٤/ ١٠٠.

(٤) ليست في (ب).

(٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٠٢، و«الحاوي الكبير»: ٦/ ٣٢٨، و«المهذب» ٢/ ١١٥.

(٦) ليست في (خ).

(٧) في (ب): (القولين)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ٨٢، ٨٣، و«نهاية المطلب» ٦/ ٣٣٦، و٤١٣.

فإذا ثَبَتَ هذا، فالفرقُ بينه وبين غُرَماءِ المُفْلِسِ حيث قُلْنا: يحلِفُون على أحدِ الطريقَيْن: هو أنَّ غُرَماءَ المُفْلِسِ يُثبِتون بيمينِهم حقًّا لهم؛ لأنَّ[1] حقوقَهم قد تعلَّقت بمالِ المُفْلِسِ براءةُ[2] الدينِ، فلهذا حَلَفُوا، وليس كذلك غُرَماءُ الميتِ؛ لأنَّهم يُثبِتُون بيمينِهم حقًّا لغيرِهم، وهم الورثةُ؛ فلِهَذا قُلْنا: لا يَحْلفون؛ [لأنَّ بالموتِ قد انْتَقَلَ الدينُ والميراثُ إلى الورثةِ، والصَّحيحُ أنَّ المسألتَيْن على قولَيْن][3]، فبانَ الفرقُ بينهما.

***

(٤٨٧): مَسْألة

[في فَلَسِ المؤاجِرُ قد آجرَ لرجلٍ ظَهْرًا بعينِه]

إذا اسْتَأجَرَ منه ظَهْرًا بعينِه، ثُمَّ أَفْلَسَ المُؤاجِرُ؛ كان المُستأجِرُ أحقَّ بالظَّهْرِ من سائرِ الغُرَماءِ؛ لأنَّ حقَّه قد تعلَّقَ [به][4] بعينِه؛ فهو كالغريمِ، [ثم][4] إذا كانَ به رَهْنٌ، فإنَّه يُقدَّمُ على غيرِه.

ويُفارِقُ هذا إذا اسْتَأجَر ظَهْرًا في الذِّمَّةِ، ثم أَفْلَسَ حيث قُلْنا: إنَّ المُستأجِرَ يكونُ أُسْوةَ الغُرَماءِ؛ لأنَّ حقَّه تَعلَّقَ بالذِّمةِ، لا بالعَيْنِ[5].

***

(٤٨٨): مَسْألة

[في فَلَسِ المُسلَمِ إليه]

إذا أسلمَ إليه في طعامٍ، ثُمَّ أفلسَ المُسلَمُ إليه، فإن كانَ رَأْسُ المالِ قائمًا رَجَعَ به صاحبُه، وإن كان تالِفًا ضَرَبَ بقيمتِه مع الغُرَماءِ، هذا هو المَذْهبُ[6].

---

(١) في (خ): (لا)، وما أثبتناه موافق لما في «البيان» للعمراني: ٦/ ١٥٠.

(٢) في (خ): (من). (٣) ليست في (ب).

(٤) ليست في (خ). (٥) انظر: «بحر المذهب» ٥/ ٣٦٠.

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ١٢٣، و«روضة الطالبين» ٤/ ١٤٩.

ويُفارِقُ إذا أَسلَم إليه في ثمرةٍ، ثم عُدِمَتْ في المَحَلِّ حيث قُلْنا: إنَّ له الفَسْخَ[1]؛ لأنَّ حقَّه هناك تعلَّق بشيءٍ[2] موصوفٍ، فكان عَدَمُه لا من جهةِ المُسْلَمِ إليه، فلِهَذا [قُلْنا][3]: يَنْفَسِخُ[4]؛ لأنَّ التَّعذُّرَ[5] من جِهَةِ المُسلَمِ فيه، وليسَ كذلك في مسألتِنا، لأنَّ التَّعَذُّرَ من جِهَةِ المُسْلَمِ إليه لِفَلَسِه؛ لأنَّ ذِمتَه قد خَرِبَتْ، فلِهَذا قُلْنا: يكونُ[6] أُسْوةَ الغُرَماءِ، وليس له الفَسْخُ كالبيعِ[7].

[ب ٧٤/ ب]

***

[في البلوغِ بالإنباتِ]

(٤٨٩): مَسْألَة

[خ ١٢٨/ ب]

والإِنْباتُ بُلُوغٌ في الكُفّارِ[8]، وهل هو دَلالةٌ على البلوغ، أو هو بُلُوغ في نفسِه على قولَيْن، فأمَّا في المسلمين، فإن قُلْنا: إنَّه دَلالةٌ على البُلُوغ في الكُفّار، فكذلك في المُسْلِم، وإن قُلْنا: إنَّه بُلوغٌ في الكفارِ؛ ففي المُسلِمين وَجْهان[9].

ويُفارِقُ الكفارَ؛ لأنَّا [لو][10] لم نَجعلْه بُلوغًا في الكفَّار، لكنا نَرْجِعُ في ذلك إلى قولِهم وَهُمْ مُتَّهمُون في ذلك؛ فلِهَذا جعلْنَاهُ بُلوغًا فيهم، والمُسلِمُ بخلافِه؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ[11].

***

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٨٨، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ٤٥٠.

(٢) في (ب): (في).

(٣) ليست في (ب).

(٤) في (خ): (يفسخ).

(٥) في (خ): (العقد).

(٦) في (ب): (له).

(٧) في (ب): (في البيع).

(٨) في (خ): (الكفارة)، تصحيف.

(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٣٤٣، ٣٤٤، و«المهذب» ٢/ ١٣٠.

(١٠) ليست في (خ).

(١١) انظر: «الجمع والفرق»: ١/ ٤٩٢، ٤٩٣، و«الحاوي الكبير»: ٦/ ٣٤٤.

[في الحجرِ ورفعِه عن المجنونِ والسفيهِ]

(٤٩٠): مَسْأَلَةٌ

الحَجْرُ[١] يَثْبُتُ على المجنونِ، ويُنقَلُ عنه بالإفاقةِ من غيرِ حُكْمِ الحاكمِ، **ويُفارِقُ** حَجْرَ السَّفِيهِ[٢] حيث لم يَثْبُتْ، ولا يَنفُذ إلَّا بحُكْمِ الحاكمِ: هو أنَّ الحَجْرَ على السَّفِيهِ[٢] مُجْتهَدٌ فيه، فافْتَقَر إلى الحاكمِ[٣]، والحَجْرَ على المَجْنونِ غيرُ مُجْتَهَدٍ [فيه][٤]، فلِهَذا افْتَرقا[٥].

***

[في إقرارِ المحجورِ عليه لسفهٍ، والعبدُ بمالٍ]

(٤٩١): مَسْأَلَةٌ

إذا أقرَّ المَحْجُورُ عليه لسَفَهٍ[٦] بحَقٍّ تَعلَّقَ بالمالِ؛ لم يُقبَلْ ذلك، ولو أَقَرَّ العبدُ بمالٍ؛ قُبِلَ، وتعلَّق بذمتِه[٧].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الحَجْرَ على السَّفيهِ حِفْظٌ لمالِه ونَظَرَ له [في حالِه][٨]، وفي قَبولِ إقرارِه تَفْويتٌ[٩] لذلك المالِ[١٠]، وليس كذلك العَبْدُ، فإنَّ الحَجْرَ عليه لأجلِ حقِّ الغَيْرِ، وهو السيدُ؛ فلِهَذا قُبِلَ إقرارُه وتَعلَّقَ بذمّتِه.

***

(١) أصل الحجر: المنع، يقال: حجرت عليه: إذا منعته من التّصرّف في ماله. انظر: «حلية الفقهاء»: ١/ ١٤٢، و«الزاهر في غريب الشافعي»: ١/ ١٧١، ١٧٢.

(٢) في (ب): (السفه).

(٣) في (خ): (الحكم).

(٤) ليست في (ب).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٣٥٨.

(٦) في (ب): (بسفه).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٥/ ٣٧٤.

(٨) ليست في (خ).

(٩) في (خ): (ثبوت)، تصحيف.

(١٠) في (خ): (الحظ).

[في طلاقِ أو خلعِ المحجورِ عليه]

(٤٩٢): مَسْأَلَة

إذا طلَّقَ المَحْجُورُ عليه أو[1] خالَعَ امرأتَه [نَفَذَ ذلك، وصَحَّ][2].

ويُفارِقُ بيعَه وشِراءَه حيث قُلْنا: لا يجوزُ؛ لأنَّ البيعَ والشِّراءَ عُقودٌ ماليّةٌ، وإذا كان سَفِيهًا؛ لم يُؤْمَنْ منه التَّبْذِيرُ في ذلك، وليس كذلك الطَّلاقُ فإنَّما [هو][3] إزالةُ مِلْك عن بُضع رُبّما يكون [له فيه][3] حَظٌّ من سُقوطِ النَّفَقةِ، وغيرِ ذلك، فلِهَذا نَفَذَ، وأمَّا عتقُه لعبدِه فلا يَنفُذُ؛ لأنَّ [ذلك][3] إزالةُ مِلْكٍ عن مالٍ، فأَشْبه البيعَ.

***

[في الصلحِ بجزءٍ من الدَّينِ، بشرطِ الإبراءِ من الباقي]

[خ ١٢٩/أ]

(٤٩٣): مَسْأَلَة

إذا كانَ له عليه أَلْفٌ [فجاءَ إليه][3]، وقال: لك[4] عليَّ ألفٌ، فصالِحْني على خَمْسمائةٍ على أن تُبْرِئَني من الباقي، ففَعَلَ ذلك، ثُمَّ أتاهُ بخمسمائةٍ فوجدَ بها عيبًا؛ رَدَّها عليه[5]، وعادَتِ الألفُ كما كانت؛ لأنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ باطلًا؛ لأنَّه لا يَصِحُّ تعليقُ الصُّلْحِ بشرطٍ[6]، ولو لم يَقُلْ له هكذا، ولكن قال: صالِحْني على خَمسِمائة وأَبْرِئْني من خَمسِمائة، ثم أَتاهُ بالخَمسِمائة، فوجَدَ بها عيبًا فردَّها؛ كان له الرُّجوعُ ببدلِها، ولم يَبْطُلِ الصُّلحُ.

والفرقُ: هو أنَّ الصُّلْحَ في المسألةِ الأُولَى حَصَلَ بشَرْطٍ؛ فلِهَذا بَطَل، وفي مسألتِنا حَصَل مُطلَقًا من غيرِ شَرْطٍ[7]، فلِهَذا افْترَقا.

***

---

(١) في (خ): (و).

(٢) في (ب): (بعد ذلك صح)، انظر: «المهذب» ٢/ ١٣٣، و«نهاية المطلب» ١٣/ ٤٥٩.

(٣) ليست في (ب).

(٤) في (ب): (له).

(٥) في (ب): (إليه).

(٦) في (خ): (بالشرط).

(٧) انظر: «المهذب» ٢/ ١٣٥، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٢٤٤.

(٤٩٤): مسألة

[في المتداعيين حائطًا بين داريهما]

إذا تَداعَيا حائطًا بين دارَيْهما لأحدِهما عليه جُذوعٌ تَحالَفا، وكان بينهما، ولا يقدَّمُ صاحبُ الجُذوعِ. [ب ٧٦/أ]

ويُفارِقُ الأَزَجَ[١]؛ لأنَّ الجُذُوعَ مَعْنى يُمْكِنُ حدوثُها بعد البناءِ؛ فلِهَذا لم يُتَرَجَّحْ[٢] بها الدَّعوى، وليس كذلك الأَزَجُ؛ لأنَّه [لا][٣] يُمْكِنُ حدوثُه بعد كمالِ البناءِ.

قال أصحابُنا: ولأنَّ من الفُقهاءِ من يجوِّزُ للجارِ أن يَضَعَ جذوعَه على حائطِ جارِه؛ فلِهَذا لم يكنْ دلالةً على اليَدِ.

فأمَّا [إذا تَداعَيا][٤] عَرْصَةً لأحدِهما فيها حائِطٌ؛ فإنَّه يُحْكَمُ بها لصاحبِ الحائطِ على أحدِ الوَجْهَيْن.

ويُفارِقُ الجُذوعَ؛ لأنَّ أحدًا من الفُقهاءِ لم يجوِّزْ لأحدٍ أن يَبْنيَ حائطًا في عَرْصَةِ غيرِه؛ فلِهَذا افْترقا.

ولو تَداعَيا دابةً وأحدُهما راكبُها، والآخرُ آخِذٌ بزِمامِها؛ حُكِمَ بها للرَّاكبِ في أحدِ الوجهَيْن؛ لأنَّ يدَه عليها من طريقِ المُشاهدةِ، وانتفاعَه

---

(١) قال الجوهري في «صحاحه» ١٠/ ١٥: (أزج الأزج: ضرب من الأبنية والجمع، آزج وآزاج).
(والأزج: بناء مستطيل مقوّس السّقف، وجمعه: آزج وآزاج).

(٢) في (خ): (يرجح).

(٣) ليست في (ب)، ومحلّ ذلك إذا كان الأزج الذي قوّس له الجدار من أسّه ولعلّه مراد ابن جماعة، فأما إن كان مبنيًّا على الجدار المستوي فهذا بمثابة الجذوع التي توضع بعد تمام بناء الجدار لا يرجّح بها. بتصرّف من «نهاية المطلب» ٦/ ٤٩٢، وانظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٣٨٦، و«كفاية النبيه» ١٨/ ٤٦٢.

(٤) ليست في (ب).

بها أكثرُ[١]، وبهذا فارقَ صاحِبَ الجُذوعِ؛ لأنَّه لا يَدَ له من طريقِ المشاهدةِ [ولا غيرِها][٢].

***

[في انهدامِ الحائطِ المشتركِ، وفي امتناعِ أحدِ الشريكين من النفقةِ على العبدِ]

(٤٩٥): مَسْأَلَةٌ

إذا انْهَدَم الحائطُ المُشتَرَكُ؛ لم يَكُنْ لأحدِ الشَّريكَيْن إِجْبارُ شريكِه على العِمارةِ في أحدِ القولَيْن[٣].

ويُفارِقُ إذا كان بينهما عبدٌ[٤] مُشتركٌ، فامتنعَ أحدُهما من الإنفاقِ عليه؛ فإنَّه يُجْبَرُ على ذلك، والفرقُ: هو أنَّ النَّفقةَ على العبدِ تَجِبُ لحُرْمةِ [الآدميِّ][٥] وإحياءِ النَّفْسِ؛ فلِهَذا أُجبِرَ عليه كالمُنْفَرِدِ، والحائطُ بخلافِه[٦].

[خ ١٢٩/ ب]

***

[في قولِ المدعى عليه: صالحني، أو بعني مالَك هل يُعَدّ إقرارًا]

(٤٩٦): مَسْأَلَةٌ

إذا ادَّعَى على رجلٍ مالًا، فأَنْكَرهُ المدَّعَى عليه، ثم جاءَ إلى المدَّعِي، فقال له: صالِحْني؛ لم يكنْ ذلك إقرارًا منه، ولو قال له: بِعْني مالَك؛ كان ذلك إقرارًا[٧].

---

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٣/ ٢١١.

(٢) في (ب): (لا غير).

(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ١٤١.

(٤) في (ب): (غير)، تصحيف.

(٥) ليست في (خ).

(٦) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ١٤١.

(٧) قال العمراني: (مسألة: احتمال الصلح المعاوضة وقطع الخصومة يكون إقرارًا: إذا ادعى رجل على رجل دينًا في ذمته، أو عينًا في يده، فأنكره المدعى عليه، ثم قال: صالحني عن ذلك بعوض. لم يكن ذلك إقرارًا من المدعى عليه؛ لأن الصلح قد يراد به المعاوضة، وقد يراد قطع الخصومة والدعوى، فإذا احتملهما لم نجعله إقرارًا، وإن قال المدعى عليه للمدعي: بعني هذه العين، أو ملكني إياها، فحكى الشيخ أبو إسحاق، وابن الصباغ في ذلك وجهين: أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد: أنه لا يكون إقرارًا؛ لأن الصلح والبيع بمعنى واحد، فإذا لم يكن قوله: صالحني، إقرارًا، فكذلك قوله: بعني. =

والفرقُ بينهما: [هو أنَّ][1] قوله: صالِحْني، يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ به صالِحْني عن الخُصُومةِ وإسْقاطِ اليَمِينِ، فلِهَذا قُلْنا: لا يكونُ إقرارًا بالدَّعْوَى[2]، وليس كذلك قوله: «بِعْنِي» فإنَّه لا يَحْتِملُ؛ فلِهَذا كان إقرارًا[3].

***

[في انتقالِ الحقِّ في الحوالةِ، والضمانِ]

(٤٩٧): مَسْألة

يُقالُ: لِمَ يَحُولُ الحقُّ بالحَوالةِ، وانتقلَ فيها إلى ذِمَّةِ المُحالِ عليه، والضَّمانُ بخلافِ ذلك؟

فالجوابُ: أنَّ الفرقَ [بينهما][1] ظاهِرٌ: وهو أنَّ الحَوالةَ اسمٌ مُقْتَضَبٌ مِن يَحُولُ الشيءُ[4]؛ فلِهَذا انْتَقَلَ الحَقُّ بها، وليس كذلك الضَّمانُ، فإنَّه مُقْتَضَبٌ من ضَمِّ الشَّيءِ إلى الشَّيءِ[5]؛ فلِهَذا لم يَنْتَقِل[6] به الحقُّ؛ لأنَّه زيادةُ وثِيقةٍ؛ فلم يَنْتَقِلْ بها الحقُّ، كالرَّهْنِ والشَّهادةِ[7].

***

= والثاني: يكون إقرارًا، وهو قول القاضي أبي الطيب، ولم يذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق» غيره، وهو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن قوله: بعني وملكني، يتضمن الإقرار له بالملك). انظر «البيان في مذهب الإمام الشافعي» ٦/ ٢٥٢، وانظر روضة الطالبين ٤/ ١٩٨.

(١) ليست في (خ). (٢) في (ب): (بالمدعى).

(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ١٣٦، ورضة الطالبين: ٤/ ١٩٨، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٢٥٢.

(٤) الحوالة بفتح الحاء مشتقة من التحويل والانتقال، يقال: حال فلان عن العهد، إذا زال وانتقل عنه، وحالت الأسعار: إذا تغيرت وانتقلت عما كانت عليه، وهي في عرف الشرع: نقل دين من ذمة إلى ذمة. «كفاية النبيه» ١٠/ ٩٠.

(٥) الضمان مأخوذ من التضمين. ومعناه: تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه، مع بقائه في ذمة من عليه. واختصاره: ضم ذمة إلى ذمة. وهو مصدر: ضمنته أضمنه ضمانا: إذا كفلته، ويقال: ضمن الشيء، وضمن به ضمنا وضمانا، وضمّنه إياه: أي كفّله. «كفاية النبيه» ١٠/ ١٢١.

(٦) في (خ): (ينقل). (٧) في (خ): (والوثيقة).

[في استنابةِ الوكيلِ، والوَصِيِ]

(٤٩٨): مَسْألَة

إذا وكَّله في شيءٍ وَكالةً مُطْلَقَةً، فأرادَ الوكيلُ أن يَسْتَنِيبَ غيرَه، ويُوكِّلَه فيما جُعِلَ [إليه][(١)]؛ لم يكنْ له ذلك من [غير][(١)] إِذْنِ المُوَكِّلِ[(٢)]، ولو أوصى إلى رجلٍ بالنَّظرِ في تركتِه، فأرادَ الوَصِيُّ أن يَستَنِيبَ فيما جُعِلَ إليه[(٣)]؛ كان له ذلك[(٤)].

والفرقُ بينهما -ما قاله أبو العباسِ: هو أنَّ الوَصِيَّ[(٥)] لا يَقْدِرُ على الاستِئْذانِ؛ لأنَّ الذي فوَّض إليه قد ماتَ، فجُوِّزَ له الاستنابةُ للضرورةِ، وليس كذلك الوكيلُ؛ فإنه[(٦)] يُمْكنُه الاستِئْذانُ لمُوَكِّلِه؛ فلِهَذا لم يكنْ له أن يَستَنِيبَ من غيرِ إذنِه، فبانَ الفَرْقُ بينهما.

[ب ٧٥/ ب]

[خ ١٣٠/ أ]

***

[في اختلافِ الوكيلِ والمُوكَّلِ في رَدِّ الشيءِ المُوكَّلِ فيه]

(٤٩٩): مَسْألَة

إذا اختلفَ الوكيلُ والمُوَكِّلُ، فقال المُوَكِّل: رُدَّ إليَّ الشَّيءَ الذي وَكَّلْتُكَ فيه، فقال [الوكيلُ][(١)]: قد رَدَدْتُه عليك؛ فهذا يُنظَرُ فيه، فإن كان الوكيلُ بغيرِ جُعْلٍ؛ كانَ القولُ قولَه وجهًا واحدًا، وإن كان [وكيلًا][(٧)] بجُعْلٍ، فهل يكونُ القولُ قولَه، أم لا؟ على وجهَيْن[(٨)].

فإن قُلْنا: لا يُقبَل قولُه؛ **فالفرقُ بينهما**: هو أنَّه إذا كان بجُعْلٍ فقد أخذَ الشَّيءَ لمنفعةِ نفسِه؛ فلِهَذا لم يُقْبَلْ قولُه، وليس كذلك إذا كان بغيرِ جُعْلٍ[(٩)].

---

(١) ليست في (خ).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٥١٩.
(٣) في (خ): (له).
(٤) انظر: «البيان في مذهب الشافعي»: ٨/ ٣١٠.
(٥) في (ب): (الموصى).
(٦) في (خ): (لأنه).
(٧) ليست في (ب).
(٨) انظر: «المهذب» ٢/ ١٧٩، و«منهاج الطالبين» ص: ١٣٧.
(٩) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ١٣٧.

وعَقْدُ[(١)] **هذا البابِ أنَّ الأيدي على ثلاثةِ أَضْرُبٍ:**

أحدها: أن يكونَ قَبَضَتِ[(٢)] الشيءَ لمنفعةِ صاحبِه، وأي وَقْتٍ شاءَ انتزَعَه صاحبُه منه، فهذا يُقبلُ قولُه في الرّدِّ وَجْهًا واحدًا، وهو الوكيلُ بغيرِ جُعْلٍ والمُودَعُ إذا ادَّعى رَدَّ الوَدِيعةِ.

والثاني: من أَخَذَ الشَّيءَ لمَنْفعةِ نفسِه، ولا يَقْدِرُ صاحبُه على انتزاعِه من يدِه؛ فهذا متَى ادَّعى الردَّ؛ لم يُقبَل قولُه، وهو المُرْتَهِنُ والمُسْتأجِرُ.

والثالث: [مَن][(٣)] أَخَذَ الشيءَ لمَنْفعةِ نفسِه، وأَيَّ وقتٍ أرادَ صاحبُه انتِزاعَه من يدِه؛ كان له، فهذا [إذا][(٤)] [ادَّعى][(٣)] رَدَّه، هل يُقبَلُ، أم لا؟ على وجهَيْن، وهو الوكيلُ بجُعْل، والعاملُ في القِراضِ[(٥)].

وأمّا الوَصِيُّ، إذا ادَّعى [دَفْعَ][(٣)] ما أُوصى إليه على الأيتامِ بعد بلوغِهم، وأَنْكَرُوا [فقد][(٣)] نَصَّ الشَّافعيُّ أنَّ القولَ قولُ الأيتامِ؛ لأنَّ الوَصِيَّ أمينُ أبيهم[(٦)] وليس هو أمينَهم[(٧)].

فأمّا[(٨)] المُلتَقِطُ، إذا ادَّعى رَدَّ اللُّقَطةِ إلى صاحبِها؛ لم يُقبَلْ قولُه؛ لأنَّه يَدَّعي دَفْعَها إلى من لم يَأْتَمِنْه، فهو كالوَصِيِّ[(٩)]، فهكذا إذا أَلْقَتِ الرِّيحُ ثوبًا في دارِ إنسانٍ، فادَّعى[(١٠)] رَدَّه إلى صاحبِه؛ لم يُقْبَلْ قولُه[(١١)]. [خ ١٣٠/ ب]

***

(١) في (ب): (في عقد).
(٢) في (ب): (فيه).
(٣) ليست في (ب).
(٤) ليست في (خ).
(٥) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٤/ ٢٢٦، «روضة الطالبين» ٤/ ٩٧.
(٦) في (خ): (اتهم)، تصحيف.
(٧) في (ب): (بمتهم)، انظر: «الأم»: ٥/ ٢٩٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٠٩، ٢١٠، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٤٥.
(٨) في (ب): (مسألة).
(٩) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٦٥.
(١٠) في (خ): (فإذا)، تصحيف.
(١١) انظر: «الوسيط في المذهب»: ٣/ ٣١٠، و«روضة الطالبين» ٦/ ٣٤٧.

(٥٠٠): مسألة

[في تعدي الوكيلِ]

إذا دَفَعَ إليه مالًا، ووكَّلَه أن يَشْتريَ به شيئًا، فتَعَدَّى الوكيلُ في المالِ، ثُم إنَّه اشْتَرَى للمُوَكِّل ما وُكِّل فيه، فقد بَطَلَتِ الوَكالةُ بتَعَدِّيه، وهل يَصِحُّ الشِّراءُ للمُوَكِّل[1]، أم لا؟ فيه وَجْهان[2].

وأمَّا إذا أَوْدَعَه شيئًا فتَعَدَّى فيه ثم إنَّه غَرِمَه؛ لم يَكُنْ أمينًا فيه[3].

والفرقُ: هو أنَّ الوديعةَ إنَّما هي مُجَرَّدُ أمانةٍ، فإذا تَعَدَّى فيها، فقد خَرَجَ عن كونِه أمينًا، وليس كذلك الوَكالةُ، فإنَّها تَشْتَمِلُ على إذْنٍ وأمانةٍ، وبالتَّعَدِّي قد زالَتِ الأمانةُ، وبَقِي [مُجَرَّدُ][4] الإِذْنِ؛ فلِهَذا صَحَّ تَصَرُّفُه على أحدِ الوَجْهين[5].

***

(٥٠١): مسألة

[في قول الموكِّل: بِعْه من فلانٍ، فباعه من غيرِه، أو في السوقِ الفلاني، فباعه في غيرِه]

إذا دَفَع إليه ثوبًا، وقال: بِعْ هذا من زيدٍ، فباعَه من عمرٍو، لم يَجُزْ ذلك، ولو قال [له][4]: بِعْه في السُّوق الفُلانِي، فباعَه في سُوقٍ آخرَ؛ جاز[6].

والفرقُ بينهما: أنَّه لا غرضَ في أعيانِ الأسواقِ[7] والأماكنِ إذا حَصَل الثَّمنُ المقصودُ، وليس كذلك في المسألةِ قبلَها؛ لأنَّه له غَرَضٌ في بيعِه من شَخْصٍ دون شَخْصٍ[8]، فلِهَذا فُرّق بينهما.

[ب ٧٦/ أ]

***

(١) في (ب): (للوكيل).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٥٣٤، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٤٦٠.

(٣) انظر: «الأم»: ٥/ ٢٩٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٤٧.

(٤) ليست في (ب).

(٥) في (خ): (القولين).

(٦) انظر: «التنبيه في الفقه الشافعي» ص: ١٠٩.

(٧) في (ب): (السوق).

(٨) انظر: «كفاية النبيه»: ١٠/ ٢٧٤.

[في الوَكالةِ المطلقةِ]

(٥٠٢): مَسألة

إذا وكَّلـه في بَيْـعِ شـيءٍ وَكالـةً مُطْلَقـةً، فالإطـلاقُ[1] عندنـا يَقْتَضـي أن يَبيعَـه بثَمَـنِ المِثْـلِ بنَقْـدِ البلـدِ حـالًّا، فـإن باعَـه إلـى أجـلٍ أو بغيـرِ نَقْـدِ البلـدِ، أو بمـا لا يَتَغابَـنُ النَّـاسُ بمِثْلـه؛ بَطَـلَ البيـعُ[2].

فإن قيـل: فلِـمَ [لَـمْ][3] تَحمِلـوا[4] ذلـك علـى العُمُـومِ، كمـا حَمَلْتُـم[5] أوامـرَ صاحـبِ الشَّـرْعِ علـى العُمـومِ[6]؟

قُلْنـا: الفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ أَوامِـرَ صاحـبِ الشَّـريعةِ تَكْلِيـفٌ؛ فلِهَـذا أُجْـرِي علـى العُمـومِ، وليـس كذلـك هـذا[7]، فإنَّـه تَصـرُّفٌ في حـقِّ الغيـرِ فرُوعِـيَ فيـه حَـظُّ الغَيـرِ، كمـا لـو وَكَّلَـه في الشِّـرْيِ، فـإنَّ ذلـك لا يُحمَـلُ علـى العمـومِ، فـدلَّ علـى الفَـرْقِ بينهمـا.

[خ ١٣١/أ]

***

[في تعليقِ الوَكالةِ بالصفةِ]

(٥٠٣): مَسألة

لا يجوزُ تَعْليقُ الوَكالةِ بالصِّفةِ[8]، **ويُفارِقُ** الطَّلاقَ والعِتاقَ[9] حيث جازَ ذلك فيه[10]: هو أنَّ الطلاقَ والعِتاقَ مَبْنيٌّ على التَّغليبِ والسِّرايةِ؛ فلِهَذا جازَ تعليقُه بالصِّفاتِ، وليس كذلك الوَكالةُ؛ فإنَّه إنَّما يُمْلَكُ بها عَقْدٌ لم يُبْنَ على التَّغليبِ والسِّرايةِ؛ فلِهَذا لم يَجُزْ تعليقُها بالصِّفاتِ كالبيعِ.

***

(١) في (ب): (بالإطلاق).
(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢١٠، و«المهذب» ٢/ ١٧٢، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٠٤.
(٣) ليست في (ب).
(٤) في (ب): (يحملوا).
(٥) في (ب): (حملوا).
(٦) انظر: «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: ٢/ ١٥٥.
(٧) في (خ): (هاهنا).
(٨) في (ب): (بصفة)، كقوله: إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك في بيع داري. انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٥٠٠.
(٩) في (خ): (والإعتاق).
(١٠) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٤/ ٢١٢.

[في الوَكيلِ يبيعُ من نفسِه لنفسِه]

(٥٠٤): مَسْألة

لا يَجوزُ للوكيلِ أن يَبِيعَ من نفسِه لنفسِه[١]، ويُفارِقُ الأبَ والجَدَّ حيث [قُلْنا][٢]: جازَ لهما أن يَبْتاعَا من مالِ ولدَيْهما الصَّغيرِ من أنفسِهما لأنفسِهما: هو أنَّ الأبَ والجَدَّ غيرُ مُتَّهَمَيْن؛ لأنَّ ولايتَهما بغيرِ تَوْلِيةٍ، والوكيلُ مُتَّهَمٌ؛ لأنَّه يَستَفِيدُ[٣] التَّصرُّف بإذنٍ؛ فلِهَذا لم يَمْلِكْ أن يَبِيعَ من نفسِه لنفسِه[٤].

فإن قيل: فلِمَ جازَ أن تكونَ المرأةُ وكيلةً في طَلاقِ نفسِها؟

قُلْنا: الفرقُ بينهما: أنَّ ذلك لا يَدخُلُه التُّهَمةُ، [والبيعُ يَدخلُه التُّهَمةُ][٥].

وأيضًا: فإنَّ المرأةَ إنَّما هي تُوقِعُ [الطَّلاقَ][٥]، فهو مُجَرَّدُ إيقاعٍ[٦]، وليس بِتَصَرُّفٍ[٧]، كالمُعاوضاتِ، والوَكالةُ في البيعِ بخلافِه.

***

[في وكيلِ الإثباتِ، ووكيلِ الاستيفاءِ]

(٥٠٥): مَسْألة

إذا كانَ له عند غيرِه حَقٌّ، فوَكَّلَ إنسانًا في إثباتِه؛ لم يَكُنْ للوكيلِ قَبْضُ الحقِّ، ولا استِيفاؤُه، ولو وكَّلَه في استيفائِه، فهل يكونُ وكيلًا في إثباتِه، أم لا؟ على وجهَيْن:

فإذا قُلْنا: إنَّه يكونُ وكيلًا في إثباتِه، **فالفرقُ بينهما:** هو أنَّ الاستِيفاءَ لا يُمكِنُ إلَّا بعد الإثباتِ، فلِهَذا كان [له][٢] إثباتُه، وليس كذلك الإثباتُ، فإنَّه لا يَفتَقِرُ إلى الاستيفاءِ، فبانَ الفرقُ [بينهما][٥].

***

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢١٠.

(٢) ليست في (خ).

(٣) في (ب): (مستفيد).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٥٣٦، ٥٣٧.

(٥) ليست في (ب).

(٦) في (ب): (إيقاع الطلاق).

(٧) في (خ): (ينصرف).

[في قولِ الوكيل: اقبض الحَقَّ الذي لي من فلانٍ، أو على فلانٍ]

(٥٠٦): **مسألة**

إذا قال له: اقْبَضِ الحَقَّ الذي [لي][١] من فلانٍ؛ لم يَكُنْ له أن يَقبِضَه من وارثِه [ولا من غيرِه.

ولو قال له: اقْبَضِ الحَقَّ الذي لي على فلانٍ؛ جازَ أن يَقبِضَه من وارثِه][١]؛ لأنَّه لمَّا قال: «من فلانٍ» فقد عَيَّنَ الشخصَ؛ فلِهَذا لم يَقُمْ مقامَه غيرُه، وليس كذلك إذا قالَ: «على فلانٍ» فإنَّه إنَّما أرادَ حُصولَ الحَقِّ الذي له [عليه][٢] فمن [أي جِهَةٍ][٣] حَصَلَ له؛ فَقَدْ وَقَعَ مَقْصودُه وغَرَضُه؛ فلِهَذا افْتَرقا.

[خ ١٣١/ ب]

***

[في ذكرِ الموكِّلِ في البيعِ، والشراءِ، والنكاحِ]

(٥٠٧): **مسألة**

إذا وكَّله في ابْتِياعِ شيءٍ له أو في بَيْعِه، لم يَكُنْ[٤] من شَرْطِ ذلك ذِكْرُ المُوكِّل وَقْتَ عَقْدِ الشَّرْيِ أو البيعِ، ولو وكَّله [في][١] أن يَتزوَّجَ[٥] له؛ فلابُدَّ من ذِكْرِ المُوكِّلِ بأن يقولَ [الوكيلُ][٢]: قَبِلْتُ [عَقْدَ النّكاحِ][٦] لمُوكِّلي فلانٍ.

[ب ٧٦/ ب]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الغَرَضَ في النكاحِ الأعيانُ لا العِوَضُ[٧] بدليلِ أنَّه يَصِحُّ عَقْدُ النّكاحِ مع عدمِ ذِكْرِ المالِ، وليس كذلك البيعُ، فإنَّ الغَرَضَ فيه الثَّمْنُ والمُعاوضةُ [لا الأعيانُ][٨] بدليلِ أنَّه لا يَصِحُّ مع عَدَمِ ذِكْرِ العِوَضِ، فلِهَذا افْتَرقا[٩].

***

(١) ليست في (ب). (٢) ليست في (خ). (٣) في (ب): (أين).

(٤) في (ب) : (يكن له). (٥) في (خ): (يزوج). (٦) في (ب): (العقد).

(٧) في (خ): (العرض). (٨) في (ب): (والأعيان).

(٩) انظر : «البيان في مذهب الإمام الشافعي» : ٦/ ٤٤٤.

(٥٠٨): مَسْأَلَة

[في رجلٍ عنده حَقٌّ لرجلٍ فجاء وارثُه، أو وكيلُه لقبضِه]

إذا كانَ عند رَجُلٍ حَقٌّ إمّا وديعةٌ أو دينٌ، فجاءَ رَجُلٌ إليه، فقال: أنا وارِثُ فلانٍ صاحبِ هذا الحقِّ؛ فادْفَعْه إليَّ، وصدَّقَه؛ لَزِمَه الدَّفْعُ؛ لأنَّه يَبْرَأُ بالدَّفْعِ إليه؛ لأنَّه يُصَدِّقُه أنَّه ليس ثَمَّ طالِبٌ سِواهُ.

وبهذا فارَقَ ما لو جاءَ إليه، فقال [له][1]: أنا وكيلُ فلانٍ في قَبْضِ مالِه عندك؛ فادْفَعْه إليَّ؛ لم يَلزَمْه الدَّفْعُ سواءٌ صدَّقَه أو كذَّبه [لأنَّه][1] لا يَبْرأُ بالدَّفْعِ إليه؛ لأنَّه مُعتَرِفٌ[2] أنَّ ثَمَّ طالبًا سِواه، وهو المُوكِّلُ[3].

***

(٥٠٩): مَسْأَلَة

[في العقودِ التي يدخلُها الخيارُ والتي لا يدخلُها الخيارُ]

[خ ١٣٢/أ]

الكلامُ في هذه المسألةِ في بيانِ العُقودِ التي يَدْخُلُها الخِيارُ، والعُقُودُ التي لا يَدْخُلُها، ونحن نَتكَلَّمُ فيها على ترتيبِ كتابِ المُزنِيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

فأَوَّلُ ذلك عَقْدُ البيعِ، فيَدخُلُه خيارُ المَجلِس، وخِيارُ الشَّرْطِ.

وأمّا عَقْدُ الصَّرْفِ والسَّلَمِ؛ فلا يَدْخُلُه خِيارُ الثَّلاثِ[4].

الفرقُ[5] بينه وبين البيعِ: أنَّ السَّلَمَ والصَّرْفَ غَرَرٌ، وخِيارَ الشَّرْطِ غَرَرٌ؛ فلِهَذا لم يَدخُلْ فيه، والبيعُ بخلافِه، وأمّا خِيارُ المَجْلِسِ فيَدخُلُ فيهما[6]، فإن تَفرَّقا من غيرِ قَبْضٍ، بَطَلَ العقدُ.

---

(١) ليست في (خ).
(٢) في (خ): (يعترف).
(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٥٥٢، و«المهذب» ٢/ ١٧٦.
(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٥/ ٣٠.
(٥) في (ب): (والخيار).
(٦) في (خ): (فيها).

وأمّا الرَّهْنُ؛ فإنَّ الرَّاهنَ[(١)] له الخِيارُ في إقْباضِ الرَّهْنِ، فإن أَقْبَضَه لَزِمه[(٢)]، و[إن][(٣)] لم يَكُنْ له الرُّجوعُ فيه، وإن لم يَقبِضْه نَظَرْتُ، فإن كان الرَّهْنُ على [بيعٍ فالمرتهنُ][(٤)] بالخيارِ في فَسْخِ البيعِ وإجازتِه.

وأمّا الصُلحُ؛ فعلى ضربَيْن:

صُلْحُ إبراءٍ وحَطِيطةٍ[(٥)] لا[(٦)] يَدْخُلُ فيه خِيارٌ بوَجْهٍ؛ لأنَّه لا حَظَّ [للمُبرِئِ][(٧)] فيه.

وصُلْحُ مُعاوَضةٍ، فما كانَ منه مُعاوَضةٌ فحُكْمُه حُكْمُ البيعِ في ثُبوتِ خِيارِ المَجْلِسِ والشَّرْطِ، وغيرِ ذلك من أحكامِ البيعِ[(٨)].

وأمّا الحِوالةُ، فلا يَدْخُلُها خِيارُ الشَّرْطِ، وهل يَدْخُلُها خِيارُ المَجْلِس، أم لا؟ على وَجْهين، **إن قُلْنا**: إنَّها [عَقْدُ][(٧)] إبراءٍ لم يَدْخُلْها، وإن قُلْنا: إنَّها مُعاوَضةٌ؛ جاز ذلك.

وأمّا الشَّرِكَةُ والوَكالةُ والمُضارَبةُ [والعارِيةُ والقِراضُ، والجُعالةُ والوَديعةُ والضَّمانُ، وكفالةُ الأبدانِ][(٣)]؛ فلا يَدْخُلُها خيار الهِبة[(٩)]؛ لأنَّ

---

(١) في (خ): (الرهن).

(٢) في (خ): (لزم).

(٣) ليست في (خ).

(٤) في (خ): (نفع كالمرتهن).

(٥) في (ب): (أو حطيطة). قال الفيومي: (وحططت من الدّين أسقطت والحطيطة فعيلة بمعنى مفعولة واستحطّه من الثّمن كذا فحطّه له وانحطّ السّعر نقص). انظر «المصباح المنير» ١/ ١٤١.

(٦) في (ب): (لأنه)، وما أثبتناه موافق لما في «البيان» للعمراني.

(٧) ليست في (ب).

(٨) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ٢٦.

(٩) في (ب): (خيار النية)، وقال ولعل صوابه ما قاله العمراني وهو: (الخياران) قال العمراني: (وأما الضمان والكفالة بالأبدان: فلا يثبت فيهما الخياران؛ لأن الضامن يدخل فيهما متطوعا مع الرضا بالعين، ولهذا يقال: الكفالة: أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة.

وأما الوكالة والشركة والعارية والوديعة والقراض والجعالة: فلا يثبت فيها الخياران؛ لأنها عقود جائزة، لكل واحد منهما فسخها متى شاء، فلا معنى لإثبات خيار المجلس فيها وخيار الشرط).

هـذه عُقُودٌ جائـزةٌ مـن الطَّرفَيْـن[١]، فلِهَـذا لـم يَدْخلْهـا الخِيـارُ[٢]، والبيـعُ عَقْـدٌ لازِمٌ، [فدخَلَـه الخيـارُ.

وأمّا المُساقاةُ، فعَقْدٌ لازِمٌ][٣] من الطَّرفين.

والفـرقُ بينهمـا وبيـن الشَّـرِكةِ والوَكالـةِ: هـو أنَّ عَقْـدَ المُسـاقاةِ يَفتَقِـرُ إلـى ذِكْـرِ مُـدَّةٍ[٤] [معلومـةٍ][٥]؛ فلِهَـذا كان لازِمًـا.

فـإن قيـل: يُنتَقَـضُ هـذا عليك بعَقْـدِ الكِتابـةِ؛ [فإنَّـه][٥] عَقْـدٌ يَفتَقِـرُ إلـى ذِكْـرِ المُـدَّةِ وليس بـلازِمٍ؟

[خ ١٣٢/ ب]

[ب ٧٧/ أ]

قُلْنـا: عَقْـدُ الكِتابـةِ يَفتَقِـرُ إلـى [ذِكْـرِ][٥] مُدَّتَيْـن فمـا زادَ، وعَقْـدُ المُسـاقاةِ يَفتَقِـرُ إلـى ذِكْـرِ مُـدّةٍ واحـدةٍ؛ فلِهَـذا كان لازِمًـا، وهـذا فَـرْقٌ حَسَـنٌ.

وأمّا دُخولُ الخِيارِ في المُساقاةِ، قال أصحابُنا: لا يَدْخُلُها خِيارٌ بحالٍ.

قـال الشـيخُ أبـو حامـدٍ: يَجِـيءُ علـى المَذْهَـبِ أن يكـونَ حكمُهـا حُكْـمَ الإجـارةِ.

وجملتُه: أنَّ في الإجارةِ ثلاثةَ أَوْجُهٍ:

أحدها: يَدْخُلُها الخِيارانِ معًا [سواءٌ كانت معينةً، أو في الذِّمةِ][٥].

والثـاني: لا يَدخُلُهـا [واحِـدٌ][٣] مـن الخِيارَيْـن؛ لأنَّ الإجـارةَ فيهـا نَـوْعُ غَـرَرٍ، والخِيـارُ غَـرَرٌ؛ فلِهَـذا لـم يَدْخُـلْ فيهـا، والبيـعُ بخِلافِـه.

والثالث: يَدْخُلُ خِيارُ المَجْلِسِ [دُون خِيارِ الثلاثِ.

والفرقُ بينهما: ما ذكَرْنا من الغَرَرِ، هذا الكلام في الإجارةِ في الذِّمّةِ.

---

(١) في (خ): (الطريقين).

(٢) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ٢٦.

(٣) ليست في (ب).

(٤) في (خ): (عقد مدة).

(٥) ليست في (خ).

فأمّا الإجارةُ المُعيَّنةُ؛ فلا خِلافَ أنَّه لا يَدْخُلها خِيارُ الثَّلاثِ، وفي خِيارِ المَجْلِسِ وَجْهانِ][1].

وأمّا الهِبةُ؛ **فإن قُلْنا**: إنَّها تَقْتِضي الثَّوابَ؛ فحكمُها حُكْمُ البيعِ، وقد مَضَى.

وأمّا النِكاحُ؛ [فلا يَدْخُلُها][2] الخِيارُ، وإن كان عَقْدًا لازِمًا؛ لأنَّه لا يَقْصِدُ منه العِوَض بخِلافِ البيعِ، وكذلك الطَّلاقُ والعِتاقُ.

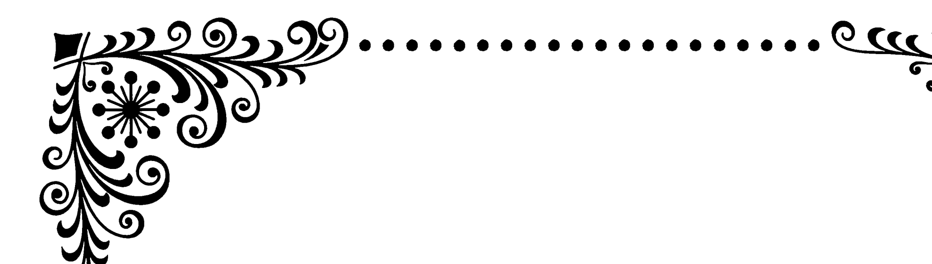
وأمّا الكتابةُ فلا يَدخُلُها الخِيارُ؛ لأنَّها جائِزةٌ من جِهَةِ العبدِ أَيّ وَقْتٍ شاءَ عَجزَ نفسَه، فلِهَذا لم يَدْخُلْها الخِيارُ[3]، فهذا جُمْلةُ الكلامِ في هذا الفصلِ، واللهُ أعلمُ.



(١) في (ب): (الإجارة المعينة ولا يدخل الإجارة في الذمة والفرق بينهما ما ذكرناه من الغرر).

(٢) في (ب): (قد يدخله)، موافق لما في «البيان» للعمراني.

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ٢٥ - ٢٨.



كتابُ العاريةِ

[كتاب العاريّة](1)

(٥١٠): [مسألة](2)

[في ضمانِ العاريةِ]

العاريّةُ(3) مَضْمونةٌ على المُستعِيرِ(4)، وتُفارِقُ الوديعةَ؛ لأنَّ الوديعةَ قَبَضَها المُودِعُ لمَنْفعةِ صاحبِها، والمُسْتَعيرُ قَبَضَ العَيْنَ(5) لمنفعةِ نفسِه(6)، ألا تَرَى أنَّ العاريةَ مَضْمونةُ الرَّدِّ على المُسْتَعِيرِ، والوديعةُ ليس كذلك؛ فلِهَذا افترَقا.

فأمّا الفرقُ بين العاريةِ والإجارةِ: فهو أنَّ المُسْتأجِرَ قَبَض العَيْنَ باستحقاقٍ؛ فلِهَذا لم تَكُنْ مضمونةً عليه، والمُسْتَعِيرُ قبضَ العَيْنَ(7) بغيرِ استِحْقاقٍ؛ فكان مَضْمونًا عليه كالفَرْضِ، وأمّا أَجْزاءُ العاريةِ إذا تَلِفَتْ في يدِ المُسْتعيرِ؛ فهي غيرُ مَضْمونةٍ على أحدِ الوجهَيْنِ؛ لأنّه مَأْذونٌ له في ذلك(8)، [وهذا يفارِقُ](9) أصلَ العاريةِ.

***

(1) ساقط من (خ). (2) ساقط من (ب).

(3) العارية بالتشديد، وروي تخفيفها: جمعها : العواري مشددا، أو مخففا.
وقيل: اشتقاقها: من عار إذا ذهب وجاء، فسميت بذلك؛ لذهابها إلى يد المستعير، ثم عودها إلى يد المعير، وقيل: كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب، قاله الجوهري.
قيل: من التعاور، وهو التناوب. حقيقتها شرعًا: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه، لردها عليه. انظر: «كفاية النبيه» ١٠/ ٣٥٦، و«النظم المستعذب» ٢/ ١٦، الصحاح: ٢/ ٧٦١.

(4) انظر: «الأم»: ٤/ ٥١٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢١٥. (5) في (خ): (الشيء).

(6) انظر: «المهذب» ٢/ ١٨٩. (7) في (خ): (الشيء).

(8) قال العمراني: (وإن استعار منه ثوبا ليلبسه، فلبسه حتى خلق، ولم يبق منه خيط.. ففيه وجهان: أحدهما: قال أبو العباس: يلزمه ضمان الأجزاء؛ لأن كل عين ضمن أصلها، ضمن أجزاءها، كالمغصوب.
والثاني: قال الشيخ أبو حامد، وسائر أصحابنا: لا يجب عليه الضمان؛ لأنه أتلفه إتلافا مأذونا فيه، فهو كما لو أذن له في أكل طعامه، فأكله. وإن استعار منه شيئا له مثل، وتلف في يده بغير الاستعمال.
قال الشيخ أبو إسحاق: فإن قلنا: إن فيما لا مثل له تجب قيمته أكثر ما كانت.. ضمنه هاهنا بمثله، وإن قلنا فيما لا مثل له: تجب قيمته يوم التلف.. ضمن هذا بقيمته يوم التلف). انظر «البيان في مذهب الشافعي»: ٦/ ٥١٣.

(9) في (خ): (وبهذا فارق).

[في قولِ ربِّ الدابةِ: آجرتُكها، فقال: بل أعرتنيها]

(٥١١): مَسْأَلَة

إذا دفعَ إليه دابَّةً واختلفَا، فقال صاحبُها: «آجرْتُكَها»، وقال مَن هي في يدِه: بل أَعَرْتَنِيها؛ فالقولُ قَوْلُ مَن هي في يدِه على أحدِ طريقَيْ أصحابِنا.

فأمّا إذا دَفَعَ إليه أرضًا ليَزْرعَها، فاختلفَا، فقال ربُّ الأرضِ: آجرتُكَها، وقال مَن هي في يدِه: لا بلْ أَعَرْتَنِيها؛ فالقولُ قولُ ربِّ الأرضِ على [أحدِ طريقَيْ][1] أصحابِنا[2].

---

(١) في (خ): (بعض طرق).

(٢) والمسألة بتفاصيلها المذهب كما قال الروياني: (مسألة: قال الشّافعيّ رحمه اللّه تعالى: ولو قال ربّ الأرض بكراء، وقال المزارع: «عارية» فالقول قول ربّ الأرض مع يمينه ويقلع الزّارع زرعه وعلى الزّارع كراء مثله إلى يوم قلع زرعه وسواء كان في إبان الزّرع أو غيره.

قال المزنيّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا خلاف قوله في كتاب العارية في راكب الدّابّة يقول: «أعرتنيها» ويقول: «بل أكريتكها» إنّ القول قول الرّاكب مع يمينه، وخلاف قوله في الغسّال يقول صاحب الثّوب بغير أجرة ويقول الغسّال بأجرة أنّ القول قول صاحب الثّوب وأولى بقوله الّذي قطع به في كتاب المزارعة. وقد بيّنته في كتاب العارية».

قال في «الحاوي»: قد مضت هذه المسألة في كتاب العارية مستوفاة ولكن نشير إليها لمكان إعادتها، فإذا اختلف رب الأرض وزارعها فقال ربها بأجرة وقال زارعها عارية، قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ القول قول رب الأرض دون الزارع وقال في الدابة إذا اختلف ربها والراكب فقال ربها بأجرة وقال راكبها عارية أن القول قول الراكب دون ربها، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا ينقلون جواب كل مسألة إلى الأخرى، ويخرجونها على قولين ذكرنا توجيههما، وكان أبو العباس بن سريج يحمل جواب كل واحدة من المسألتين على ظاهرة، ويجعل القول في الدابة قول راكبها دون ربها، وفي الأرض القول قول ربها دون زارعها اعتبارًا بالعرف في إعارة الدواب وإجارة الأرضين على أصح وجهي أصحابنا، وفي الآخر المسمى وإذا قيل: إن القول قول الزارع والراكب فلا أجرة عليه فيما مضى، وعليه رفع يده في المستقبل، فإن كان له في الأرض زرع فإن امتنع من أجرة المثل في المستقبل قلع، لأن قوله إنما قبل في الماضي دون المستقبل، وإن بذلها أقر زرعه، والله أعلم). انظر «بحر المذهب» ٧/ ٢٧٧، و«روضة الطالبين» ٤/ ٤٤٢.

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ العـادةَ[1] جارِيـةٌ أنَّ الـدَّوابَّ تُعـارُ؛ فلِهَـذا كانَ القـولُ [قـولَ][2] المُسْـتَعِيرِ، ولـم تَجْـرِ العاريـةُ في الأرضِ أنَّهـا تُعـارُ للغِـراسِ والمُزارعـةِ[3]؛ فلِهَـذا افْتَرقـا[4]. [خ ١٣٥/ب]

***

(٥١٢): مَسألة

[في إعارةِ الأراضي]

تَجُوزُ إعـارةُ الأراضِـي مُطْلَقًـا ومُؤَقَّتًـا بمُـدّةٍ، فأمّـا الإجارةُ؛ فمن شَـرْطِها التَّأْقِيـتُ إذا كانَـتْ مُعَيَّنـةً، والفـرقُ: هـو أنَّ الإجـارةَ عَقْـدُ مُعاوضـةٍ علـى مَنْفعـةٍ؛ فلِهَـذا افتَقَـرَ إلـى [تَعْييـنِ][5] المُـدَّةِ، وليـس كذلـك العارِيـةُ؛ فإنَّهـا مَقْبوضـةٌ عـن غيرِ عَقْـدٍ؛ فلِهَـذا جـازَ بـأن تكـونَ المُـدَّةُ مُقَيَّـدةً، وغيـرَ مُقَيَّـدةٍ.

***

(٥١٣): مَسألة

[فيمن أُعيرَ أرضًا فغَرَس فيها]

إذا أعـارَه أرضًـا للغِـراسِ [مُـدّةً][5] فغَـرَسَ فيهـا، ثُـمَّ انْقَضَـتِ المـدةُ؛ فصاحِـبُ الأرضِ بالخيـارِ بيـن ثلاثـةِ أشـياءَ: إمَّـا أن يُقِـرَّ الغِـراس[6] في أرضِـه، ويكـونُ لـه علـى صاحبِـه أُجْـرةُ أرضِـه، أو يدفـعَ إليـه قيمتَـه ويَتَمَلَّكَـه، أو يَقْلعَـه ويَدْفَـعَ إليـه مـا بيـن قيمتِـه قائِمًـا ومَقْلوعًـا.

فـإن قـال صاحِـبُ الغِـراسِ[7] لـه: خُـذْ منِّـي ثَمَـنَ أَرْضِـكَ علـى أن أَتَمَلَّكَهـا، وأقرَّ الغِراسَ؛ لـم يَكُـنْ له ذلك؛ ولا[8] يُجبَرُ صاحِـبُ الأرضِ

---

(١) في (خ): (العارية). (٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (والزراعة). (٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ١٢١، ١٢٢.

(٥) ساقط من (خ).

(٦) في (ب): (المغرس)، الغراس ما يغرس من الشجر. «لسان العرب»: ٨/ ٦٧.

(٧) في (ب): (الأرض). (٨) في (خ): (فلا).

عليه؛ لأنَّ الغِراسَ تابِعٌ والأرضَ مَتْبوعةٌ؛ فلِهَذا أُجبِرَ صاحِبُ الغِراسِ على القَلْعِ، ولم يُجْبَرْ صاحِبُ الأرضِ على أَخْذِ العِوَضِ عن أرضِه؛ فلِهَذا افْتَرَقا[1].

***

(٥١٤): **مسألة**

[إعارةُ المستعير الثوبِ]

إذا استعارَ منه ثَوْبًا؛ لم يَكُنْ له أن يُعِيرَه لغيرِه في أَصَحِّ الوجهَيْن[2].

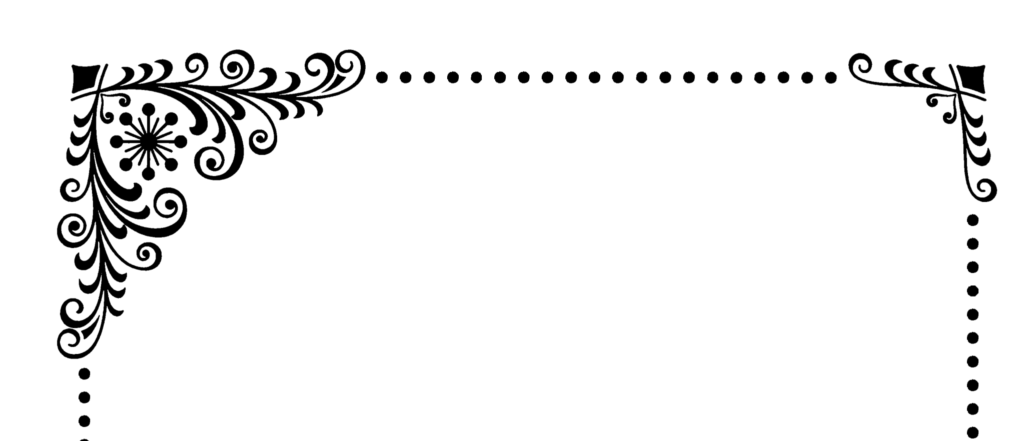
ويُفارِقُ هذا إذا اسْتَأْجَرَه[3] دارًا، فأرادَ أن يُؤَجِّرَها من غيرِه؛ كان له ذلك؛ لأنَّ الإجارةَ يملِكُ[4] فيها المنافعَ بالعَقْدِ عليها، **ألا ترى** أن رَبَّ الدَّارِ لا يُمْكِنُه الرُّجوعُ فيها قبل انْقِضاءِ المُدَّة؛ فلِهَذا كان للمُسْتأجِرِ إجارتُها، وليس كذلك المُسْتعِيرُ، فإنَّه لم يَمْلِكِ [المنافعَ][5] بعَقْدٍ، وإنَّما [هو][5] مَأْذونٌ له في الانتفاعِ بنفسِه، فأمّا أن يَتَصرَّفَ فيها بإعارتِها لغيرِه؛ فلا سبيلَ له إلى ذلك[6]، واللهُ أعلمُ.

[ب ٧٩/ أ]

[خ ١٣٦/ ب]



(١) انظر: «المهذب» ٢/ ١٩١، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٥٢٠.
(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ١٩٠، و«الحاوي الكبير»: ٧/ ١٢٧.
(٣) في (خ): (استأجر).
(٤) في (ب): (تملك).
(٥) ساقط من (ب).
(٦) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٥١٨.



مسائلُ الغصبِ

[مَسائِلُ الغَصْبِ][(١)]

(٥١٥): مَسْألة

[في ضمانِ الزيادةِ في العينِ المغصوبةِ]

الزيـادةُ في العَيْـنِ المَغْصوبـةِ مَضْمونـةٌ علـى الغاصِـبِ؛ لأنَّـه مُفَـرِّطٌ بحصـولِ العَيْـنِ في يـدِه؛ فلِهَـذا كانَـتْ مَضْمونـةً عليـه[(٢)] بزيادتِهـا[(٣)].

ويُفارِقُ هـذا إذا أَطارَتِ الرِّيحُ ثَوْبًا إلى دارِه، فَتلَفَ[(٤)] قبل أن يُعْرَفَ صاحبُه؛ لأنَّـه غيرُ مُفَـرِّطٍ في ذلـك ولا[(٥)] صُنْعَ لـه في حُصولِ الثَّوْبِ في دارِه؛ فلِهَـذا لـم يَكُـنْ مَضْمونًـا عليـه[(٦)].

فأمَّا الزِّيـادةُ في قِيمـةِ العَيْـنِ المَغْصوبـةِ [مـن حيث السُّـوق][(٧)]؛ فغَيْـرُ مَضْمونـةٍ مع بَقـاءِ العَيْـنِ، وذلـك أنَّ العَيْـنَ إذا كانَـتْ قائمـةً؛ فالاعتبـارُ بهـا، والقيمـةُ إنَّمـا تُعتبَرُ مـع تَلَـفِ العَيْـنِ، فأمّـا مـع بقائِهـا؛ فـلا أَثَـرَ لهـا[(٨)].

***

(٥١٦): مَسْألة

[في ضمانِ المنافعِ بالغصبِ]

المَنافِـعُ تُضْمَـنُ بالغَصْـبِ عندنـا، [وعَقْـدُ هـذا البـابِ][(٩)]: [أنَّ][(١٠)] كلَّ مَنْفَعَـةٍ ضُمِنَـتْ بعقْـدِ الإجـارةِ؛ جـازَ أن تُضْمَـنَ[(١١)] بالغَصْـبِ[(١٢)] وكلّ منفعـةٍ لا تُضمـنُ بالإجـارةِ [لا][(١٠)] تُضْمَـنُ بالغَصْـبِ، يُبَيِّـنُ ذلـك مَسْـألتانِ:

---

(١) ساقط من (ب). (٢) في (ب): (على الغاصب).

(٣) انظر: «الأم»: ٣/ ٢٥٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢١٦.

(٤) في (ب): (فتلفت). (٥) في (خ): (لا).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ١٥٠. (٧) في (ب): (السرف).

(٨) انظر: «المهذب» ٢/ ١٩٦، و«الحاوي الكبير»: ٧/ ١٣٧.

(٩) في (ب): (هذا). (١٠) ساقط من (خ).

(١١) في (ب): (تضمن). (١٢) في (ب): (بالغصب وعقد هذا الباب أن كل شيء)

[في ضمانِ الأمةِ المغصوبةِ]

أحدُهما: إذا غَصَبَ [أَمَةً][1]، وأقامَتْ في يدِه مُدَّة؛ كان عليه أُجْرةُ المِثْل لتلك المُدّةِ، ولا شيءَ عليه لأَجْلِ البُضْع[2] إذا لم يُوجَدِ الوطءُ؛ لأنَّ منافعَ الخِدْمَةِ تُضْمَنُ بالإجارةِ فضُمِنَتِ بالغَصْبِ، ومنافعَ البُضْعِ لا تُضمَن بالإجارةِ؛ فلِهذا لم تُضْمَنْ بالحَيْلُولةِ[3].

***

(٥١٧): مسألة

[في ضمانِ العبدِ المغصوبِ]

والمسألةُ الثانيةُ: إذا غَصَبَه عبدًا واسْتَخْدَمَه أو لم يَسْتَخْدِمْه؛ كان عليه أجرةُ مِثْلِه لتلكَ[4] المُدَّةِ[5]، ولو غَصَبَ حُرًّا على نفسِه، فحَبَسَه في بيتٍ مُدَّةً، فهل يَجِبُ عليه أُجْرةُ المِثْلِ لتلك المُدّةِ، أم لا؟ فيه وَجْهانِ[6].

فإذا قُلْنا: لا يَجِبُ عليه فيُقال: ما الفرقُ بينه وبين العَبْدِ؟

[خ/١٣٦/ب]

قُلْنا: الفرقُ بينهما ظاهِرٌ: وهو أنَّ يَدَ الحُرِّ على منافعِ نفسِه، فلم[7] تُوجَدِ الحَيْلُولةُ؛ فلهذا لم تَجِبْ عليه الأُجْرةُ، وليس كذلك العَبْدُ؛ فإنَّه

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (النفع).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ١١.

(٤) في (ب): (لذلك).

(٥) قال البغوي: (ولو غصب عبدًا، فاكتسب في يده، أو اصطاد: يكون كسبه لمالكه، ويكون مضمونًا على الغاصب، وهل يجب عليه أجر المثل لمدة الاصطياد؟ فيه وجهان: أحدهما: يجب؛ لأنه أتلف على المالك منافعه. والثاني: لا يجب؛ لأن منافعه صارت إلى المولى). «التهذيب في مذهب الشافعي» ٤/ ٣١٠

(٦) قال الروياني في «بحر المذهب» ٦/ ٤٧٦: (فرع آخر: لو غصب حرًّا كبيرًا وحبسه مدة لمثلها أجرة فإن استوفى فيها منفعته يلزمه الأجرة؛ لأنه أتلف عليه متقوّمًا، وإن لم يستوف منفعته فيه وجهان: أحدهما: وهو ظاهر المذهب أنه لا يلزمه الأجرة لأنها تلفت تحت يده كأطرافه وثياب بدنه، والثاني: وهو اختيار ابن أبي هريرة يلزمه الأجرة؛ لأنها منفعة تضمن بالإجارة فتضمن بالغصب كمنفعة العبد).

(٧) في (ب): (لم).

لا يَدَ لـه علـى منافعِـه، وإنَّمـا المِلْـكُ للسَّـيِّدِ؛ فلِهَـذا كانَ عليـه ضمانُهـا؛ لأجـلِ الحَيْلُولـةِ[١]، ولِهَـذا قالـتِ الفقهـاءُ: لـو سـاقَ بعيـرًا[٢]، وعليـه عبـدٌ نائِـمٌ؛ كانَ[٣] عليـه القَطْـعُ، ولـو كان [عليـه][٤] حُـرٌّ نائِـمٌ، فسَـرَقَه لا قَطْـعَ عليـه؛ لأنَّ الحُـرَّ يـدُه علـى البعيـرِ، والعبـدُ لا يَـدَ لـه عليـه؛ فلِهَـذا افْتَرقـا[٥].

***

[إذا غَصَبه جاريةً فتَلِفَت فيه يدِه، فاختلفا في قيمتِها]

(٥١٨): مَسْأَلَة

إذا غَصَبـه[٦] جاريـةً، فهلكـت[٧] في يـدِه، ثـم اخْتَلفـا[٨] فقـال الغاصِـبُ: كانـت قيمتُهـا عشـرةً، وقـال المالِـكُ: [لا][٩] بـل قيمتُهـا عُشْـرون؛ كانَ القـولُ قـولَ الغاصـبِ مـع يمينِـه[١٠]؛ لأنَّـه غـارِمٌ[١١].

إن قـال قائِـلٌ: قـد ناقَـضَ[١٢] الشَّـافعيُّ هـذا الأصـلَ[١٣]، فقـال في عبـدٍ بيْـن شـريكَيْن أعتـقَ أحدُهمـا نصيبَـه، وكان مُوسِـرًا فسَـرَى العِتْـقُ إلـى نَصيـبِ شـريكِه؛ فعليـه قيمتُـه، فـإذا اخْتَلَفـا، فقـال المُعتِـقُ: كان بـه عَيْـبٌ يُنقِـصُ مـن قيمتِـه، وقـال الشَّـريكُ: [بـل][٩] لـم يَكُـنْ بـه عيـبٌ. [ب ٧٩/ ب]

قُلْتُـم: إنَّ القـولَ قَـوْلُ الشَّـريكِ الـذي لـم يُعتِـقْ، وليـس بغـارِمٍ، فقـد ناقَضْتُـم الأصـلَ؟

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ١٦٢.
(٢) في (ب): (لو سافر بعين).
(٣) في (خ): (كل).
(٤) ساقط من (ب).
(٥) انظر: «نهاية المطلب» ١٧/ ٢٥٢.
(٦) في (خ): (غصب).
(٧) في (ب): (فتلفت).
(٨) في (خ): (أحبلها).
(٩) ساقط من (خ).
(١٠) انظر: «الأم»: ٣/ ٢٥٨.
(١١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٩٠.
(١٢) في (ب): (نص).
(١٣) في (خ): (لأجل).

قُلْنا: لم نُناقِضْ، وإنَّما جَعَلْنا القولَ قَوْلَ الشَّريكِ على ظاهِرِ المَذْهَبِ، لأنَّ الأَصْلَ السَّلامةُ[1] والبراءةُ مِن العَيْبِ، فلِهَذا جَعَلْنا القَوْلَ قولَه[2]، **ألا ترى** أنَّه لو ادَّعَى الشَّريكُ أنَّ العبدَ ذو صَنْعةٍ تَزِيدُ[3] في قيمتِه، وأَنْكَرَ الشَّريكُ المُعتِق؛ كانَ القولُ قولَه مع يمينِه، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الصَّنْعةِ كذلك فيما ذَكَرْناه.

***

(٥١٩): مَسْألة

[فيما عليه إذا أكره امرأةً على الزنا، أو قَتَل إنسانًا عمدًا]

إذا أكرَه امرأةً على الزِّنا؛ لَزِمَه الحَدُّ والمَهْرُ، ولو قتَلَ إنسانًا عمدًا؛ كان عليه القَوَدُ دون الدِّيَةِ[4].

والفرقُ: هو أنَّ القَوَدَ والدِّيةَ جميعًا يَجِبانِ بفِعْلٍ واحدٍ [لِمُسْتَحِقٍّ واحدٍ، فلِهَذا لم يَجْتمعا، والحَدُّ والمَهْرُ يَجِبان][5] للمُسْتحِقَّيْنِ، فالحَدُّ لحَقِّ اللهِ تعالى، والمَهْرُ للآدميِّ؛ لأنَّه أَتْلَفَ منافعَ [بُضْعِها][6] بغيرِ اختيارِها[7]؛ فهو كما لو قتَلَ صيدًا مَمْلوكًا؛ كان عليه الجزاءُ للهِ تعالى، والقيمةُ للمالكِ[8]، [كذلك][9] هاهُنا. [خ ١٣٧/أ]

***

(١) في (خ): (السلام).

(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٦٩، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ٣٧١، «روضة الطالبين» ١٢/ ١٢٢.

(٣) في (خ): (مزيد).

(٤) في (خ): (الذمة)، تصحيف.

(٥) ساقط من (ب).

(٦) ساقط من (خ)، وفي (ب): (بعضها) بتقديم العين على الضّاد المعجمة، ولعل صوابه ما أثبتناه، والله تعلى أعلم.

(٧) في (خ): (اختيارهما).

(٨) انظر: «المهذب» ١/ ٣٨٦، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٤/ ١٧٦.

(٩) ساقط من (خ).

(٥٢٠): مَسْأَلَة

[فيمن باع دارًا، ثم ادَّعى أنها كان غصبَها]

إذا باعَ دارًا من رجل، ثمَّ أقامَ البيِّنةَ بأنَّه غَصَبَها وباعَها، فهل يُقْبَلُ ذلك منه، أم لا؟ يُنْظَرُ فيه، فإن كان وَقْتُ البيعِ، قال: بِعْتُكَها وهي مِلْكي، لم تُقْبَل منه دَعْوى الغَصْبِ بعد ذلك، ولا تُسمَعُ بيِّنَتُه، وإن كان باعَ مُطْلَقًا، ولم يَقُلْ[1] شيئًا؛ سُمِعَتْ بيِّنتُه.

والفرقُ [بينهما][2]: هو أنَّه إذا ذَكَر [أنَّها][2] مِلْكُه؛ فهو مُكَذِّبٌ للبيِّنةِ[3] التي أقامَها بأنَّها غَصْبٌ؛ فلِهَذا لم تُسْمَعْ، وليس كذلك إذا أَطلَقَ؛ فإنَّه يَجُوزُ أن يكونُ الأمرُ كما ذَكَر، ويجوزُ أن يكونَ بخِلافِه؛ فلِهَذا سُمِعَتْ دَعْواهُ، فدلَّ على الفَرْق بينهما[4].

***

(٥٢١): مَسْأَلَة

[فيمن باع دارًا، وادّعى غيرُه أنَّها له وأقرّ البائعُ له بذلك]

إذا غَصَبَ دارًا وباعَها، ثم جاءَ رجلٌ وادَّعى[5] أنَّها كانَتْ له، وأنَّ البائعَ غَصَبَه عليها، وأنكرَ المُشْتَرِي وأقرَّ البائعُ؛ لم يُقْبلْ إقرارُه في حقِّ المُشْتَرِي، وهل يَغْرَمُ للمالِكِ القيمةَ، أم لا؟

من أصحابِنا من قال: فيه قولانِ، بناءً عليه إذا قال: هذه الدارُ لفلانٍ، لا بل لفُلانٍ؛ فإنَّها تكُون للأولِ، وهل يَلْزَمُه القيمةُ للثاني، أم لا؟ على قولين، كذلك هاهُنا.

ومن أصحابِنا من قال: تَلْزَمُه القيمةُ هاهُنا قولًا واحدًا.

---

(١) في (ب): (يفصل). (٢) ساقط من (ب).

(٣) في (خ): (البينة).

(٤) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٧٧، «روضة الطالبين» ٤/ ٤١٣.

(٥) في (خ): (ادعى).

والفرقُ بينهما: هو أنَّه هاهُنا قد حَصَل له العِوَضُ، وهو الثَّمَنُ، فلِهَذا كانَتْ عليه القيمةُ قولًا واحدًا، وليس كذلك هاهُنا على أحدِ القولَيْن(١).

***

(٥٢٢): مَسْأَلَةٌ

[خ ١٣٧/ ب] إذا غَصَبَه شيئًا له مِثْلٌ؛ فعليه مِثْلُه؛ فإن أَعْوَزَ(٢) المِثْلُ؛ كان عليه قيمتُه أكثرُ ما كانَتْ من يومِ أَعْوَزَ المِثْلُ إلى يومِ الرُّجوعِ.

ولو غَصَبَه ما لا مِثْل له؛ كان عليه قيمتُه أكثرَ ما كانَتْ من يومِ الغَصْبِ إلى يومِ التَّلَفِ.

والفرقُ: هو أنَّه هاهُنا الواجبُ عليه بالغَصْبِ القيمةُ؛ فلِهَذا اعتبَرْنا [أكثرَ مما كانت من يومِ الغَصْبِ، وليس كذلك هاهُنا؛ لأنَّ الواجبَ هناك المِثْلُ فلِهَذا اعتُبِرَ](٣) القيمةُ من يومِ أَعْوَزَ المِثْلُ.

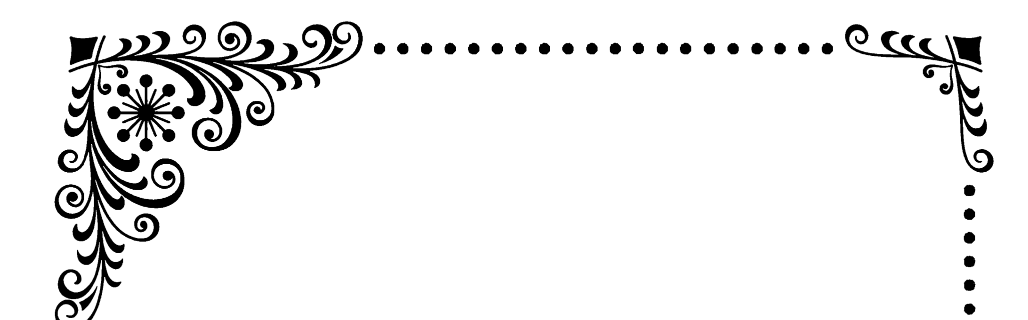


---

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٧٥.

(٢) أعوزه الشيء: إذا احتاج إليه فلم يقدر عليه، وعوز الشيء عوزا: إذا لم يوجد، ورجل معوز: لا شيء عنده، والعوز: القلة. «النظم المستعذب»: ٢/ ٢٤٧.

(٣) ساقط من (خ).



كتابُ الشُّفعةِ

[في اختلافِ الشفيعِ والمشتري في ثمنِ الشقصِ]

[ب ٨٠/ أ]

(٥٢٣): مَسْأَلَة

إذا اختلفَ الشَّفيعُ والمُشتَرِي في قَدْرِ ثَمَنِ الشِّقْصِ؛ ولا بيِّنَةَ هناك، كان القولُ قَوْلَ المُشتَرِي مع يمينِه(١).

فإن قيل: لِمَ لَمْ يَتَحالَفَا كما قُلْتُم في المتبايعَيْن إذا اختلفَا.

قُلْنا: لا نَقُول ذلك، **والفرقُ بينهما**: هو أنَّ المُتبايِعَين كلُّ واحد منهما مُدَّعٍ، ومُدَّعًى [عليه](٢) فلِهَذا تَحالَفا، وليس كذلك هاهُنا؛ فإنَّه ليس هنا مُدَّعٍ ومُدَّعًى عليه، إنَّما المُشْتَرِي مُدَّعًى عليه، وليس بمُدَّعٍ، [والشَّفِيعُ مُدَّعٍ](٢)؛ فلِهَذا كانَ القولُ قولَ المُشتَرِي(٣).

***

[في استحقاقِ الشُّفعةِ على قدرِ الأملاكِ]

(٥٢٤): مَسْأَلَة

الشُّفعةُ تُسْتَحَقُّ على [قَدْرِ](٤) الأملاكِ في أصحِّ القولَيْن.

ومِثالُ ذلك: دارٌ بين ثلاثةِ أَنْفُسٍ لأحدِهم النِّصْفُ، والآخرِ الثلثُ، والآخرِ السُّدُسُ، فباعَ صاحِبُ الثُّلُثُ نصيبَه، فإنَّه يكونُ لشريكَيْه(٥) على أربعةٍ؛ لصاحِبِ [النِّصفِ](٤) ثلاثةُ أرباعِه، ولصاحِبِ السُّدسِ رُبْعُه، وعلى هذا أبدًا(٦).

فأمَّا إذا كان عبدٌ بين ثلاثةِ أَنْفُسٍ، لأحدِهم النِّصفُ والآخرِ الثُّلُثُ، والآخرِ السُّدُسُ، فأعتقَ صاحِبُ النِّصْفِ، و[صاحبُ](٤)

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢١٩، و«المهذب» ٢/ ٦٨.

(٢) ساقط من (ب). (٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٢٤٦.

(٤) ساقط من (خ). (٥) في (ب): (لشريكه).

(٦) انظر: «الأم»: ٤/ ٣.

الثُّلُثِ نصيبَهما معًا، وهما مُوسِران عَتَقَ جميعُه، وكان[1] عليهما [قَدْرُ باقيه][2] نِصْفَيْن[3].

[خ ١٣٨/أ]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ العِتْقَ إتلافٌ، فهو[4] بمَنْزِلةِ الجِنايةِ، ولو جَنى هذان الشَّريكان على هذا العبدِ؛ كان عليهما القيمةُ نصفَيْن، وليس كذلك الشُّفْعةُ، فإنَّه حَقٌّ يُسْتَفادُ بالمِلْكِ لإزالةِ الضَّرَر، فلِهَذا كانَ على قَدْرِ الأَمْلاكِ، كالأُجْرةِ في الإجاراتِ، وغَلَّةِ البُستانِ، فدلَّ[5] [[6]على الفَرْقِ بينهما.

***

(٥٢٥): مَسْأَلَة

[في أخذِ الوارثِ بالشفعةِ]

خِيارُ الشُّفعةِ مَوْروثٌ[7]، فأمّا نَفْيُ النَّسَبِ؛ فهو][8] غيرُ مَوْرُوثٍ، وهو إذا أرادَ الرَّجلُ أن يَنْفيَ عنه نَسَبًا فاسِدًا، فماتَ قبل ذلك؛ لم يَقُمِ الوارثُ مَقامَه في ذلك[9].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ نَفْيَ النَّسَبِ إنَّما يكونُ من المَوْرُوثِ، وأمّا الوَرَثةُ فلا [يَمْلِكون نَفْيَ نَسَبِ][10] بعضِهم، وبالمَوْتِ قد صار[11] [هذا][12] من جُمْلةِ الورثةِ؛ فلِهَذا قُلْنا: لم يَكُنِ النَّفْيُ مَوْروثًا، وخِيارُ الشُّفعةِ ثَبَتَ[13] لإزالةِ الضَّرَرِ، وهو مُتَعلِّقٌ بالمالِ؛ فكان مَوْروثًا، كخِيارِ الردِّ بالعَيْبِ.

***

(١) في (ب): (فكان).

(٢) في (ب): (قيمته باقي).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ٣٣٤.

(٤) في (ب): (وهو).

(٥) في (ب): (فله).

(٦) بداية سقط من (ب).

(٧) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢١٩.

(٨) نهاية السقط من (ب).

(٩) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٤٧٣.

(١٠) في (ب): (تملك من نفي النسب).

(١١) في (خ): (جاز).

(١٢) ساقط من (ب).

(١٣) في (ب): (تثبت).

[في أَخْذِ أصحابِ الوقفِ بالشفعةِ]

(٥٢٦): مَسْأَلَة

إذا كانَتْ دارٌ نِصْفُها مِلْكٌ(١)، ونِصْفُها وَقْفٌ، فباعَ صاحِبُ المِلْكِ(٢) نصيبَه؛ لم يَكُنْ لأصحابِ الوَقْفِ أَخْذُه بالشُّفعةِ [بالمَنْفَعةِ](٣).

ويُفارِقُ هذا إذا كان جميعُها مِلْكًا(٤): هو أنَّ الوَقْفَ لا يُستَحَقُّ بالشُّفعةِ؛ فلِهَذا [لا](٣) يُستَحَقُّ به الشُّفعةُ بخِلافِ المِلْكِ المطْلَقِ، فهذا أَصْلٌ يُعْمَلُ عليه.



---

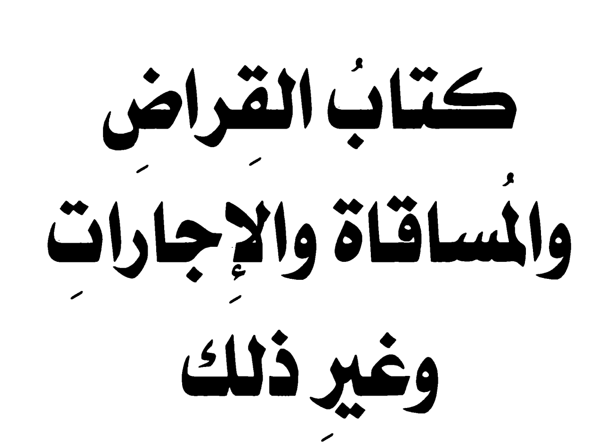
(١) في (خ): (طلق).

الطِّلق -بكسر الطاء: هو ضد الوقف، سمّي طلقا؛ لأن مالكه مطلق التصرف فيه، والوقف: غير مطلق التصرف، بل هو ممنوع من بيعه وهبته. انظر: «النظم المستعذب» ٢/ ٢٩، / ٣٥٥.

(٢) في (خ): (الطلق).

(٣) ساقط من (خ)، انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» ٧/ ١٠٩، و«روضة الطالبين» ٥/ ٧٤.

(٤) في (خ): (طلقا).



كتابُ القِراضِ والمُساقاة والإجاراتِ وغيرِ ذلك

كتابُ[1]
القِراضِ[2] [والمُساقاةِ[3] والإجاراتِ وغيرِ ذلك][4]

(٥٢٧): مَسْأَلَةٌ
[في شراءِ العاملِ في القراضِ شيئًا معيبًا]

العامِلُ في القِراضِ إذا اشْتَرى شيئًا مَعِيبًا[5]؛ كان له رَدُّه إن شاءَ، أو إمْساكُه إن كانَ في إمْساكِه حَظٌّ، وليس لرَبِّ المالِ مَنْعُه، بخِلافِ الوَكيلِ؛ لأنَّ القَصْدَ من القِراضِ طَلَبُ الرِّبحِ والنَّماءِ، وربَّما يَحْصُلُ [خ ١٣٨/ب] ذلك في المَعِيبِ، كما يَحصُلُ في السَّليمِ[6]؛ فلِهَذا خالَفَ الوكيلَ في ذلك، ولأنَّ[7] للعامِلِ حَقًّا في مالِ القِراضِ، وهو[8] حصَّتُه من الرِّبحِ، [ب ٨٠/ب] وليس كذلك الوكيلُ[9].

***

---

(١) في (خ): (مسائل).

(٢) القراض: هو المضاربة: أن يدفع الرجل إلى آخر مالا يتّجر به، ويكون الربح بينهما على ما يتّفقان عليه، وتكون الوضيعة إن كانت على رأس المال، وأصل المضاربة، من الضرب في الأرض، والقراض هذا بعينه، لا فرق بينهما، وهما اسمان لمعنى، وكأنه من القرض، وهو القطع، كأنه قطع طائفة من ماله، فأعطاه، ويكون الربح بينهما مقارضة، أي: مقاطعة، على ما يقطعانه ويتفقان عليه. بتصرّف من «حلية الفقهاء»: ١/ ١٤٧

(٣) المساقاة: أن يدفع الرجل إلى الرجل حائط نخل، أو كرم على أن يقوم بسقيها وقضابها وإبارها وعمارتها ويقطع له سهما معلوما مما يخرج من ثمارها أخذت المساقاة من السقي؛ لأن سقيها من أهم أمرها. بتصرف يسير. انظر: «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي»: ١/ ١٦٦.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (معينا)، تصحيف، انظر: «المهذب» ٢/ ٢٣٠.

(٦) في (خ): (التسليم)، تصحيف.

(٧) في (ب): (فإن).

(٨) في (خ): (فهو).

(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٥٥٧، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٢٠٩.

(٥٢٨): مسألة

[في موتِ ربِّ المالِ في عقدِ القِراضِ]

إذا مات ربُّ المالِ؛ انْفَسَخَ عَقْدُ القِراضِ، ونُظِرَ؛ فإنَّ كان المالُ ناضًّا، وأرادَ الوارِثُ أن يُقِيمَ على عَقْدِ القِراضِ مع العامِلِ؛ كان له ذلك، ولو مات العاملُ؛ لم يَكُنْ للوارِثِ أن يُقِيمَ على عَقْدِ القِراض مع رَبِّ المالِ سواءٌ كان ناضًّا أو غيرَ ناضٍّ(١).

والفرقُ: هو أنَّ وارِثَ رَبِّ المالِ يَبْنِي(٢) على أَصْلٍ؛ لأنَّ ربَّ المالِ هو الأصلُ، ووارِثُ العاملِ(٣) يَبْنِي على غيرِ أصلٍ؛ لأنَّ العامِلَ فَرْعٌ؛ فلِهَذا قُلْنا: لا يَقُومُ مَقامُه(٤)، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٥٢٩): مسألة

[في القراضِ في المرضِ والمحاباةِ فيه]

يجوزُ القِراضُ في المَرَضِ، ويُجْعَلُ له من الرِّبْحِ ما شاءَ رَبُّ المالِ سواءٌ كانَ قَدْرَ(٥) أُجْرة المِثْلِ أو أكثرَ، وسواءٌ كان على المريضِ دَيْنٌ، أو لم يَكُنْ، فإنَّ للعامِلِ حِصَّتَه من الرِّبْحِ(٦)؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ ذلك في مُقابَلةِ عَمَلِه؛ لأنَّ [رَبَّ المالِ أتلفَ](٧) بذلك شيئًا على الورثةِ، لا(٨) على الغُرَماءِ.

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٢١.

(٢) في (خ): (مبني).

(٣) في (خ): (رب المال).

(٤) انظر: «الجمع والفرق»: ٢/ ٦٩٧.

(٥) في (خ): (فيه).

(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٢٢، و«المهذب» ٢/ ٢٣٣.

(٧) في (ب): (لرب المال الثلث).

(٨) في (خ): (ولا).

ويُفارِقُ هذا إذا ساقاهُ في مَرَضِ مَوْتِه حيث قُلْنا: [يَجِبُ][١] أن يكونَ نصيبُ العامِلِ قَدْرَ[٢] أُجْرَةِ المِثْلِ[٣]؛ لأنَّ ذلك يَتعلَّقُ بعَيْنٍ حاضِرةٍ، وهي النَّخْلُ؛ فلِهذا فُرِّقَ بينهما.

***

[في قولِ ربِّ المالِ: على أنَّ لك الثُلثَ، أو أنَّ لي الثلثَ]

(٥٣٠): مسألة

إذا دَفَعَ إليه ألفًا فقال: [خُذْ هذهِ][٤] قِراضًا على أنَّ لك الثُّلُثَ؛ صَحَّ ذلك، ويكونُ للعامِلِ الثُّلُثُ، ولِرَبِّ المالِ الثُّلثانِ؛ لأنَّه لمَّا نصَّ على نصيبِ العامِلِ دَلَّ على أنَّ الباقيَ له، وهذا مِثْلُ قولِه سبحانه: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] فلمَّا نصَّ على أنَّ الثُّلُثَ للأُمِّ؛ عُلِم أنَّ الباقيَ وهو الثُّلُثان للأبِ.

[خ ١٣٩/ أ]

وفارَقَ [هذا][٥] قولَه: خُذْ هذه، فاعْمَلْ[٦] فيها على أنَّ لي الثُّلُثَ حيث قُلْنا: لا يجوزُ على أحدِ الوجهَيْن[٧]؛ لأنَّه يُحتَمَلُ أن يكونَ أرادَ أن [يَكُونَ الباقي للعامِلِ، واحْتُمِلَ أن يكونَ يُرِيدان][٥] الباقيَ بينهما؛ فلِهَذا قُلْنا: لا يجوزُ.

***

(١) ساقط من (خ).
(٢) في (خ): (فيه).
(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٣٤٨.
(٤) في (خ): (خذها).
(٥) ساقط من (ب).
(٦) في (خ): (واعمل).
(٧) قال الماوردي: (وإن بيّن نصيب نفسه فقال خذه قراضًا على أنّ لي نصف الرّبح ففيه وجهان:
أحدهما: وهو قول أبي العبّاس بن سريج أنّه يجوز حملًا على موجب القراض في اشتراكهما في الرّبح، فصار البيان لنصيب أحدهما دالًا على أنّ الباقي للآخر.
والوجه الثّاني: وهو قول أبي إسحاق المروزيّ وأبي علي بن أبي هريرة أن القراض باطل، لأنّه ذكر لنفسه بعض الرّبح الّذي هو مالك لجميعه، فلم يكن فيه بيان لما بقي؛ فعلى هذين الوجهين: لو قال خذه قراضا على أنّ لي نصف الرّبح ولك ثلث بطل على قول أبي إسحاق وأبي عليّ للجهل بحكم السّدس الباقي، وصحّ فيه قول أبي العبّاس، وكان السّدس المغفل ذكره لربّ المال مضمومًا إلى النّصف). انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٣٤٧، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» ٢/ ٢٢٧.

[في اشتراءِ ربِّ المال من العاملِ ما اشتراه للقراضِ، وفي اشتراءِ السِّيدِ من مكاتبه، أو المأذونِ له]

(٥٣١): مسألة

لا يَجُوزُ لربِّ المالِ أن يَشْتَرِي من العاملِ شيئًا اشْتَراهُ للقِراضِ، ويَجُوز للسَّيدِ أن يَشْتَرِيَ من مُكاتَبِه[١].

والفرقُ [بينهما][٢]: هو أنَّ مِلْكَ السَّيدِ غيرُ ثابتٍ على ما في يدِ المُكاتَبِ، فلم يَكُنْ مُشتَرِيًا[٣] من مالِ نفسِه، [وليس كذلك رَبُّ المالِ، فإنَّه يَشْترِي من مالِ نفسِه][٤]؛ فلِهَذا لم يَجُزْ.

وأمّا العبدُ المأذونُ له في التِّجارةِ فيُنْظَرُ، فإن لم يكُنْ عليه دَيْنٌ؛ لم يَجُزْ للسيِّدِ أن يَشْتَرِيَ منه وَجْهًا واحدًا، وإن كانَ عليه دَيْنٌ؛ ففيه وَجْهانِ[٥].

***

[في أنَّ العملَ يقابلُه قِسْطٌ من الربحِ في القراضِ، لا الشركةِ]

(٥٣٢): مسألة حسنة في الفرق

يُقالُ: لِمَ قابَلَ العَمَلَ قِسْطٌ من الرِّبْحِ في القِراضِ، ولم يُقابِلْه[٦] في الشَّرِكةِ؟

---

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٢٠٧.
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (ب): (مشتريها).
(٤) ساقط من (خ).
(٥) قال الرُّوياني: (فإن كان عليه دين من جهة التجارة، فإن كان قد نهاه عن شرائه فالشراء باطل، لأنه لو لم يكن عليه دين كان باطلًا فكيف إذا كان عليه دين، وإن كان قد أطلق الإذن؟ فإن قلنا: إذا لم يكن عليه دين لا يصح فإذا كان عليه دين أولى أن لا يصح.

وإن قلنا: هناك يصح فهل يصح الشراء ها هنا؟ قولان: أحدهما: يصح ويباع العبد ولا يعتق، والثاني: يبطل الشراء وهذا أحسن قاله أبو إسحاق.

وقال ابن أبي هريرة: وجهان: أحدهما: لا يصح، والثاني: يصح ويعتق ويكون دين الغرماء في ذمة السيد فحصل ثلاثة أوجه: أحدها: يبطل الشراء، والثاني: يصح الشراء ولا يعتق، والثالث: يصح ويعتق والدين في ذمة السيد وهذا مثل الراهن إذا أعتق المرهون هل ينفذ؟ قولان. انظر «بحر المذهب» ٧/ ٩٠.
(٦) في (ب): (يقابل).

قُلْنا: الفرقُ بينهما: هو أنَّ الشريكَيْن إنَّما يَسْتَحِقَّان الرِّبْحَ؛ لأنَّه[1] نَماءُ مالِهما؛ **ألا ترى** أنَّهما لو أطلقَا عَقْدَ الشركةِ؛ كان الرِّبْحُ على قَدْرِ المالَيْن؛ فكذلك[2] عند الشَّرْطِ، والعملُ فيها ليس بمَقْصودٍ؛ بدليلِ أنَّه لو عَمِلَ أحدُ[3] الشَّريكَيْن دون الآخرِ؛ لم يَسْتَحِقَّ العامِلُ لأجْلِ عَمَلِه شيئًا، وليس كذلك القِراضُ؛ لأنَّ العَمَلَ فيه مَقْصودًا[4]، ومَوْضُوعُه: أن يكونَ المالُ من أحدِهما، والعملُ من الآخرِ والرِّبْحُ فيه يَجْرِي مَجْرَى الأُجْرةِ.

[ب ٨١/أ]

أَلا تَرى أنَّه لو أَطْلَق العَقْدَ ولم يُسَمِّ رِبْحًا، [أو فَسَد][5] عَقْدُ القِراضِ وعَمَلُ[6] العامِلِ؛ كان له أُجْرةُ المِثْلِ، ويكونُ جميعُ الرِّبْحِ إن كان هناك رِبْحٌ لربِّ المالِ[7]، فدلَّ على الفَرقِ بينهما.

***

---

(١) في (خ): (لأنهما).

(٢) في (ب): (وكذلك).

(٣) في (ب): (بعد).

(٤) كذا في النسخ التي بين أيدينا (ب)، و(خ): (مقصودا)، المشهور رفع خبر «إن» وجاء هنا هكذا على ما ذهب إليه بعض العلماء من أن نصب خبر «إن» لغة جماعة من العرب.

قال المرادي: (قال ابن عصفور: وممن ذهب إلى جواز ذلك في «إن» وأخواتها: ابن سلام في «طبقات الشعراء» وزعم أنها لغة رؤبة وقومه.

وقال ابن السيد: نصب خبر إن وأخواتها لغة قوم من العرب. وإلى ذلك ذهب ابن الطراوة. والجمهور على أن ذلك لا يجوز. ومن شواهد نصب خبر إن قول عمر بن أبي ربيعة:

إِذَا اسْوَدَّ جُنْحُ اللَّيلِ فَلْتَأْتِ ولتَكُنْ ... خُطاكَ خِفَافًا إنَّ حُرَّاسَنا أُسْدَا

الجني الداني في حروف المعاني» ٣٩٤.

(٥) في (خ): (وقيد).

(٦) في (خ): (بعمل).

(٧) انظر: «الأم»: ٥/ ٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٢١.

(٥٣٣): مسألة

[في جوازِ المساقاةِ والمزارعةِ]

[خ ١٣٩/ ب]

يُقال: لِمَ جازَتِ المُساقاةُ على النَّخْلِ والكَرْمِ، ولم تَجُزِ المُزارَعةُ[1]؟

قيل: الشَّجَرُ لمَّا لَمْ [يجزْ][2] إجارتُها؛ جازَ العَقْدُ عليها ببعضِ نَمائِها، والأرضُ لمَّا جازَتْ إجارتُها؛ لم يَجُزِ العَقْدُ عليها ببعضِ نَمائِها.

[في إجارةِ الغنمِ للدَّرِّ والنَّسْلِ]

فإن قيل: لِمَ لا يَجُوزُ إجارةُ الغَنَمِ للدَّرِّ والنَّسْلِ؟

قيل: لا يجوزُ ذلك، ويُفارِقُ ما نَحْن فيه؛ لأنَّ الغَنَمَ لا تُنَمَّى بالعملِ عليها، فلِهَذا لم يَجُزْ إجارتُها، وليس كذلك الشَّجَرُ، فإنَّها تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها، فلِهَذا جازَ المُساقاةُ عليها.

***

---

(١) المزارعة والمخابرة؛ قال بعض الأصحاب: هما بمعنى، والصحيح وظاهر نص الشافعي رضي الله عنه: أنهما عقدان مختلفان، فالمخابرة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل، والمزارعة: هي هذه المعاملة، والبذر من مالك الأرض. قاله الرافعي في العزيز شرح الوجيز: ١٢/ ١١٠، وصحّحه النووي في الروضة.

وقال النووي: قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا -ابن خزيمة، وابن المنذر، والخطابي وصنّف فيها ابن خزيمة جزءا، وبيّن فيه علل الأحاديث الواردة بالنهي عنها، وجمع بين أحاديث الباب، ثم تابعه الخطابي، وقال: ضعّف أحمد بن حنبل حديث النهي، وقال: هو مضطرب كثير الألوان. قال الخطابي: وأبطلها مالك، وأبو حنيفة، والشافعي رحمهم الله، لأنهم لم يقفوا على علّته، قال: فالمزارعة جائزة، وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار، لا يبطل العمل بها أحد. هذا كلام الخطابي.

والمختار: جواز المزارعة والمخابرة، وتأويل الأحاديث على ما إذا شرط أحدهما زرع قطعة معينة، والآخر أخرى، والمعروف في المذهب إبطالهما.اهـ. من «روضة الطالبين» ٥/ ١٦٨، وانظر: «الإشراف على مذاهب العلماء» لابن المنذر: ٦/ ٢٥٩، ٢٦٠، و«معالم السنن» للخطابي: ٣/ ٩٥.

(٢) ساقط من (خ).

من دَقِيقِ الفروقِ [في الحائطِ بين رجلين ساقَيا رَجلًا، فتفاضلا في قدرِ المساقاةِ]

(٥٣٤): مَسألة

إذا كانَ حائطٌ بين رجلَيْن، فساقَيَا رَجلًا عليه؛ جاز أن يُسَاقِياه على النِّصفِ من مالِ كلِّ واحدٍ منهما، وجازَ لأحدِهما أن يُساقِيَه على النِّصْفِ والآخرِ على الثُّلُثِ[1].

وإن كانَ عبدٌ بين رجلَيْن نصفَيْن وكاتَباهُ؛ لم يَجُزْ أن يَتَفاضَلا في المالِ، بل يكونُ بينهما نصفَيْن، فإن شَرَطَا[2] أن يكونَ لأحدِهما الثُّلُث، وللآخرِ الثُّلُثان؛ لم يَجُزْ على ظاهرِ المَذهَبِ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّا لو جَوَّزْنا [هذا][3] الشَّرْطَ في الكتابةِ؛ لأدَّى إلى أن يَحْصُلَ لأحدِهما بعضُ [نَماء][3] مِلْكِ صاحبِه، وهذا لا يجوزُ، وليس كذلك في المُساقاةِ، فإنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ [العامِلُ][4] ذلك على سبيلِ الأُجْرةِ، فجازَ أن [يَشْتَرِطَ أحدُهما][5] أكثرَ من الآخرِ[6].

فإن قيل: هذا[7] الذي ذكرْتَه[8] في المُساقاةِ أنَّه جائزٌ[9] بيعتَيْن في بيعةٍ.

قيل: ليس كذلك؛ لأنَّ عَقْدَ الواحدِ مع الاثنيْن بمَنْزلةِ العَقْدين «والبَيْعَيْن»[10] في بيعةٍ عَقْدٌ واحدٌ يَفْضِي إلى جَهالَةِ العوضِ والمُعوَّضِ؛ فلِهَذا كان باطِلًا .

***

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٣٧٦.

(٢) في (خ): (شرط).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) ساقط من (خ).

(٥) في (ب): (يشرط لأحدهما).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٣٧٧.

(٧) في (خ): (فهذا).

(٨) في (خ): (ذكره).

(٩) في (خ): (سنته) والسياق يقتضي إثبات ما في (ب)

(١٠) الذي في (خ) و(ب) ما أثبت وهو مقول على الحكاية.

[بيعُ الدارِ المستأجرةِ]

(٥٣٥): مسألة

إذا آجَرَ دارًا مُدّةً معلومةً، ثم باعَها [نَظرتُ، فإن باعَها من المُستأجِرِ؛ صَحَّ قولًا واحدًا[١]، وإن باعَها من غيرِه][٢]؛ ففي صِحَّةِ البيعِ قولان، **أحدُهما:** يجوزُ[٣].

ويُفارِقُ بيعَ المرهونِ: هو أنَّ الرَّهْنَ يتعلَّقُ[٤] حقُّ المُرتَهِن بعَيْنه، وبيعُه بغيرِ إذنِه يُؤَدِّي إلى إبطالِ حقِّه من الوثيقةِ؛ فلِهَذا لم يَجُزْ[٥]، وليس كذلك في بَيعِ الشيءِ المُؤاجَرِ؛ لأنّا إذا جوَّزْناه، فإنَّ[٦] البائعَ لا يَتَسلَّمُه[٧] حتى يَسْتوفِيَ المُستأجِرُ حقَّه، فإذا انقضَتِ المُدةُ حينئذٍ يَتسلَّمُ[٧] المُشتَرِي، ولأنَّ حقَّ المستأجِرِ يَتعلّقُ بالمنافعِ[٨] دون الرَّقبةِ بخِلافِ الرّهْنِ.

[خ ١٤٠/أ]

وإذا[٩] قُلْنا: لا يجوزُ بيعُ المُستأجَرِ، **فالفرقُ[١٠] بينه[١١]** وبين [بيعِ الأَمَةِ][١٢] المُزوَّجةِ حيث قُلْنا: يجوزُ: هو أنَّه[١٣] ليس هناك يَدٌ حائِلةٌ

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٤٠٣، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٣٥٤.

(٢) ساقط من (خ).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٤٠٣، و«المهذب» ٢/ ٢٦٥.

(٤) في (خ): (تعلق).

(٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٩٣، و«الحاوي الكبير»: ٦/ ٧١، و«المهذب» ٢/ ١٠١.

(٦) في (ب): (لأن).

(٧) في (ب): (يسلمه).

(٨) في (خ): (بالبائع)، تصحيف.

(٩) في (ب): (وإنما)، تصحيف.

(١٠) في (ب): (والفرق).

(١١) في (خ): (بينهما).

(١٢) في (خ): (الأم)، تصحيف.

(١٣) في (خ): (أن).

بين المُشتري ورَقَبةِ الأمةِ، [وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ هاهُنا يَدًا حائلةً][(١)]، وهي يَدُ المُستأجِرِ؛ فلِهَذا لم يَجُزِ البيعُ على أحدِ القولَيْن[(٢)]. [ب ٨١/ ب]

***

(٥٣٦): مَسألة

[في انتفاعِه بالعينِ بإجارةٍ فاسدةٍ]

إذا اكتَرَى دارًا مدَّةً معلومةً إجارةً فاسدةً، وتَسلَّمها[(٣)] فأقامَتْ[(٤)] في يدِه تلك المدَّةُ؛ كان [أُجرةُ تلك المُدّةِ عليه بأُجْرةِ][(٥)] المِثْلِ سواءٌ انتفَعَ [بها في تلك المُدَّةِ][(٦)]، أو لم يَنتَفعْ[(٧)].

ويُفارِقُ هذا إذا عَقَدَ عليها نكاحًا فاسِدًا، حيث قُلْنا: لا مَهْرَ عليه، ما لم يَطَأْها[(٨)]: هو أنَّ المنافعَ في عَقْدِ الإجارةِ قد تَلِفَتْ[(٩)] تحت يَدِ المُستأجِرِ في تلك المُدَّة، فلِهَذا كانَتْ عليه الأجرةُ، وليس كذلك في النكاحِ، فإنَّ المنافعَ لم تَتلَفْ؛ فلِهَذا [لم][(١)] يَجِبْ عليه المَهْرُ[(١٠)].

***

(٥٣٧): مَسألة

[في موتِ أحدِ المتعاقدين في الإجارةِ]

إذا استأجر دارًا أو غيرَها، ثم مات أحدُهما؛ فالإجارةُ لا تَنفسِخُ بموتِ أحدِ المُتعاقدَيْن[(١١)].

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) انظر: «الجمع والفرق»: ٢/ ٧١٩، ٧٢٠.

(٣) في (خ): (وسلمها).

(٤) في (خ): (وأقامت).

(٥) في (خ): (عليه أجرة).

(٦) في (ب): (به).

(٧) في (ب): (ينتفع به)، انظر: «الأم»: ٥/ ٣٠.

(٨) انظر: «الأم»: ٦/ ٢٢، و«المهذب» ٢/ ٤٦٦.

(٩) في (خ): (بلغت).

(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٣٢٣، و«بحر المذهب» ١١/ ٣٧١.

(١١) في (خ): (المتكاتبين)، انظر: «الأم»: ٥/ ٥٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٢٥.

ولو وَقَفَ دارَه على أولادِه وأولادِ أولادِه ما تَناسلوا، فآجرَها البطنُ الأولُ عشرةَ سنينٍ، ثم ماتوا قبل انقضاءِ المُدّةِ؛ بَطَلَتِ الإجارةُ في[١] أحدِ الوجهَيْن[٢].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ أهلَ الوَقْفِ إنَّما لهم حقُّ الانتفاعِ مُدَّة حياتِهم، ثم يَنْتَقِلُ[٣] إلى مَن بعدهم، فإذا[٤] آجرها مُدَّة، ثم مات[٥] قبل انقضائِها عَلِمْنا أنَّهم قد عَقَدُوا على حقِّ[٦] البَطْنِ الثاني، لأنَّ أهلَ البَطْنِ الثاني يَتلقَّون الوَقْفَ من الواقفِ، وليس كذلك الطِلْقُ[٧]، فلِهَذا افْتَرقا. [خ ١٤٠/ب]

***

(٥٣٨): مَسألة

[في هبةِ الوالدِ لولدِه]

للوالدِ أن يرجِعَ فيما يَهِبُه لولدِه، [فأمّا إذا][٨] وَهَبَ من ولدِه[٩] شيئًا، ثم وَهَبه الولدُ[١٠] من ولدِه، فأراد الواهِبُ -وهو الجَدُّ- أن يرجِعَ في ذلك؛ لم يَكُنْ له [ذلك][١١] على أحدِ الوجهَيْن[١٢]؛ لأنَّ [ولدَ الولدِ][١٣] لم يَتَلَقَّ الهِبةَ من الواهِبِ [الذي هو][١٤] [الجَدُّ][١١]، وإنَّما

---

(١) في (خ): (على).
(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ٢٦٥، و«نهاية المطلب» ٨/ ١١٥.
(٣) في (خ): (تنتقل).
(٤) في (خ): (فأما إذا).
(٥) في (ب): (ماتوا).
(٦) في (ب): (غير حق).
(٧) في (خ): (الطلاق)، والطلق: الوقف، تقدّم آخر كتاب الشفعة.
(٨) في (ب): (فإذا).
(٩) في (ب): (والده).
(١٠) في (ب): (الوالد)، والمثبت موافق لما في «نهاية المطلب»، أي: ولد الجد، وهو الوالد، والله تعالى أعلم.
(١١) ساقط من (خ).
(١٢) انظر: «روضة الطالبين» ٥/ ٣٧٩.
(١٣) في (ب): (الوالد).
(١٤) في (ب): (وهو).

تَلَقَّاها من والدِه؛ فلِهَذا لم يكنْ للجدِّ الرجوعُ فيها[١]، وليس كذلك حالُ الولدِ[٢] [مع الولدِ][٣].

فأمّا[٤] إذا وَهَبَ الجَدُّ ابتداءً من ولدِ ولدِه شيئًا؛ كان له الرجوعُ فيه بلا خِلافٍ على المَذْهَبِ[٥]، فدلَّ على ما ذكرْنَاهُ.

***

(٥٣٩): مَسألة

[في لُقَطةِ الصحراءِ، والمصرِ]

إذا وَجَدَ شاةً لُقَطةً في الصَّحراءِ؛ كان مُخيَّرًا إن شاء حَفِظَها على صاحبِها وأَنْفَق عليها، وإن شاء أَكَلَها وضَمِنَ القيمةَ[٦]، وأمّا إذا وَجَدها في المَصْرِ، فمن أصحابِنا من قال: الحُكمُ فيه كما لو وَجَدَها في الصَّحَراء.

ومنهم من قال: يَجِيءُ في المصرِ قِسْمٌ ثالثٌ: وهو إن شاءَ باعَها، وحَفِظَ ثمنَها، ويُفارِقُ الصحراءَ؛ لأنَّه يَتَعذَّرُ عليه من يَشْتَرِيها في الصحراءِ، فلِهَذا كان مخيَّرًا بين شيئَيْن، والمِصْرُ بخِلافِ ذلك.

***

(٥٤٠): مَسألة

[فيمَن قال: من جاء بعبدي الآبقِ؛ فله كذا وكذا]

إذا قال: من جاءَ بعبدِي الآبِقِ؛ فله كذا وكذا، فجاء به جماعةٌ استَحَقُّوا ذلك الشيءَ المَجْعول بينهم[٧].

---

(١) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٣٥، و«الحاوي الكبير»: ٧/ ٥٤٨، و«نهاية المطلب» ٨/ ٤٣٢.

(٢) كذا في النسختين.

(٣) ساقط من (خ).

(٤) في (ب): (قلنا).

(٥) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٣٥.

(٦) انظر: «الأم»: ٥/ ١٣٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٥.

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٤/ ٣٢١.

ولـو قـال: مَنْ دَخَل دارِي فله دِرْهـمٌ؛ فسواءٌ دَخَل واحدٌ أو جماعةٌ، فإن كلَّ[1] واحـدٍ [منهـم][2] يَسْتحِقُّ دِرْهمًا بكمالِـه[3].

والفـرقُ بينهمـا: هـو [إن عَلَّـق][4] اسـتحقاقَ الدرهـم بالدُّخـولِ، وكلُّ واحد منهـم قـد وُجِدَ منه الدخـولُ لا يَصِـحُّ[5] أن نقـولَ: دَخَـل فـلانٌ دارَ فُـلانٍ، وليس كذلـك في المسـألةِ قبلهـا، فـإنَّ كلَّ واحـدٍ منهـم لـم يُوجَـدْ منـه المَجِـيءُ بالعبـدِ، وإنَّمـا [المَجِـيءُ مُضـافٌ إلـى][6] جماعتِهـم، **ألا تـرى** أنَّـه لا يَصِـحُّ [أن يُقـالَ][7]: جـاءَ فُـلانٌ بعبـدِ فـلانٍ؛ فلِهَـذا كان الجُعْـلُ لجماعتِهـم[8]؛ فبـان الفـرقُ بينهمـا.

[ب ٨٢/ أ]

[خ ١٤١/ أ]

***

(٥٤١): مَسْأَلَة

[في استحقاقِ الجُعْلِ لمن أَمسكَ بالعبدِ ثم هَرَب منه]

إذا قـال: مـن رَدَّ عبـدي الآبِـقَ؛ فلـه كـذا وكـذا، أو مـن جـاءَ بـه، فجـاء بـه إنسـانٌ إلـى بعـضِ الطريـقِ، أو إلـى بـابِ البلـدِ، ثـم هَـرَبَ؛ لـم يكـنْ [لمـن][2] جـاء [به شـيءٌ][9]، ولـم يَسْتحِقَّ شـيئًا مـن العِـوَضِ المَجْعـولِ، ولـو اسـتأجَرَ رجـلًا ليَحُـجَّ عنـه، فأَحْـرَم الأَجِيـرُ بالحَـجِّ، ثـم مـاتَ قبـل إكمـالِ الحـجِّ؛ اسـتحَقَّ مـن الأُجـرةِ بقَـدْرِ مـا عَمِـلَ علـى أحـدِ القولَيْـن.

---

(١) في (خ): (كان).

(٢) ساقط من (خ).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٤/ ٣٢٠.

(٤) في (ب): (على).

(٥) كذا ثابت في النسختين بالنفي، ولم أفهم مراده، راجع المسألة في «الحاوي الكبير»، و«تحفة المحتاج»، و«نهاية المحتاج».

(٦) في (ب): (هو علق المجيء به مضافا).

(٧) في (ب): (إذا قال).

(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ٤/ ٣٢٠، ٣٢١، و«تحفة المحتاج شرح المنهاج» لابن حجر الهيتمي: ٦/ ٣٧٢، و«نهاية المحتاج شرح المنهاج» للرملي: ٤/ ٤٧٤.

(٩) في (خ): (بشيء).

والفرقُ بينه وبين الجُعالةِ من وجهَيْن:

أحدهما: أنَّ الجُعالةَ عَقْدٌ جائزٌ، فلم[1] يَسْتحقَّ [منها][2] شيئًا ما لم يُوفِ العملَ، وليس كذلك الإجارةُ، فإنَّها عَقْدٌ لازِمٌ [والأُجْرةُ][3] تَجِبُ[4] فيها بنَفْسِ العَقْدِ، ويَسْتقِرُّ بمُضِيِّ المُدّةِ، فإذا عَمِلَ بعضَ العملِ، فقد استقَرَّ ما في مُقابلتِه من الأُجْرةِ؛ فلِهَذا فُرِّقَ [بينهما][5].

والثاني: أنَّ الغَرَضَ[6] من الحجِّ سُقوط الفَرْضِ[6] عن المَحْجوجِ عنه، وقد وُجِدَ بعضُ ذلك؛ فلِهَذا استُحِقَّ [ما في][7] مُقابلتِه من الأُجْرةِ، والغَرَضُ[8] في الجُعالةِ حُصولِ المَعْقودِ[9] عليه للعاقِدِ، وهو هاهُنا لم يَحصُلْ؛ [فلِهَذا لم يَجِبْ عليه][10]، فبانَ الفرقُ بينهما.

***

(٥٤٢): مَسْألة

[في إقرارِ اللُّقَطةِ أو اللقيطِ في يدِ الفاسقِ]

والفاسِقُ كالعَدْلِ في جوازِ الالتقاطِ، ولا يجوزُ أن يُقَرَّ المُنْبوذُ - وهو الصَّبيُّ - في يدِ الفاسقِ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ اللُّقَطةَ من بابِ الاكتسابِ والفاسِقُ كالعَدْلِ في ذلك كالاصطيادِ، وليس كذلك في بابِ اللَّقِيطِ؛ [لأنَّ ذلك من بابِ

---

(١) في (خ): (ولم).

(٢) في (خ): (فيها).

(٣) ساقط من (خ).

(٤) في (ب): (تجر).

(٥) ساقط من (ب)، انظر: «الحاوي الكبير»: ٤/ ٢٧٣، ٢٧٤.

(٦) في (خ): (العوض)، تصحيف.

(٧) في (خ): (باقي).

(٨) في (خ): (والعوض).

(٩) في (خ): (المقصود).

(١٠) ساقط من (ب).

الأَماناتِ والولاياتِ، والفاسقُ][1] ليس من أهلِ ذلك، فلذلك[2] لم [يَجُزْ][3] إقرارُه في يدِه[4].

***

[في وجوبِ الشهادةِ على اللقيطِ]

(٥٤٣): مَسْألة

إذا وُجِدَ اللَّقيطُ؛ لَزِمَ الواجِدُ أن يَشْهَدَ على ذلك[5]، بخِلافِ اللُّقطةِ على أحدِ الوجهَيْن، لأنَّ اللُّقطةَ من باب الاكْتِسابِ[6] أيضًا، فلِهَذا لم يَجِبِ الإشهادُ فيها، وليس كذلك في اللَّقيطِ؛ لأنَّه من بابِ الولايةِ، وفي[7] الإشهادِ على ذلك احْتِياطٌ له؛ فلِهَذا فُرِّق بينهما[8].

[خ ١٤١/ ب]

***

[في اللقيطِ في الدارِ كانت للمسلمين فغلبَ عليه أهلُ الشركِ]

(٥٤٤): مَسْألة

إذا كانَتِ [الدارُ][9] في الأصلِ للمُسْلِمين، ثم غَلَبَ المُشركون كطَرَسُوسَ[10] ونحوِها، فوُجِدَ فيها لَقِيطٌ[11]، فإن كان فيها مسلمون

---

(١) في (ب): (فإن الفاسق). (٢) في (خ): (فلهذا). (٣) ساقط من (خ).

(٤) انظر: «الجمع والفرق»: ٣/ ٤٤، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٥٥٦، «روضة الطالبين» ٥/ ٣٩٣.

(٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٦. (٦) في (خ): (الولاية والاكتساب).

(٧) في (ب): (في). (٨) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٠٤. (٩) ساقط من (ب).

(١٠) في (ب): (كطرطوس). وطرسوس: بفتح أوله وثانيه، وسينين مهملتين بينهما واو ساكنة، كلمة عجمية رومية، ولا يجوز سكون الراء إلا في ضرورة الشعر، هي مدينة بثغور الشام بين أنطاكية وحلب، قيل: بنيت في عهد هارون الرشيد، فلم تزل من ثغور الإسلام حتى استولى عليها الروم سنة ٣٥٤هـ، فلما كان سنة ٣٥٦هـ زحف ابن نوح صاحب خراسان بعساكر جرارة إلى طرسوس وأوقع بالروم وهزمهم. انظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي: ٤/ ٢٨، و«الكامل في التاريخ» لابن الأثير: ٧/ ٢٥٤، و«المسالك والممالك» للبكري: ١/ ٣١٨.

طرطوس: بلد بالشام مشرفة على البحر قرب المرقب وعكا. معجم البلدان: ٤/ ٣٠.

(١١) في (ب): (اللقيط).

ولو واحد؛ حُكِمَ بإسلامِ اللَّقيطِ، وإن لم يكنْ هناك مُسلِمٌ؛ حُكِمَ بإسلامِه أيضًا على أحدِ الوجهَيْن[١].

[فأمّا إذا][٢] كانت في الأصلِ للكفّارِ، فوُجِدَ [فيها][٣] لقيطٌ[٤]، ولا مُسلِمَ هناك حَكَمْنا بكُفْرِه[٥]، **ويُفارِقُ** المسألةَ قبلها على أحدِ الوجهَيْن؛ لأنَّ الدارَ هناك في الأصلِ كانت للمسلمين؛ فلِهَذا حَكَمنا بإسلامِ[٦] اللَّقِيطِ، إذا[٧] وُجِدَ فيها[٨]، وهاهُنا بخِلافِه.

***

(٥٤٥): مَسْألة

[في المتداعيَين نسبَ لقيطٍ أو حضانتِه، ومعَ كل واحدٍ بينتُه]

إذا تَداعَا رجلان بنَسَبِ لَقِيطٍ أو حضانتِه[٩] ومع كلِّ واحدٍ منهما بينةٌ، وهما مُؤَرَّختان تَأْرِيخًا مُخْتلِفًا، [فإنَّه يُرجَّحُ هاهُنا، فتُقَدَّم دَعْوَى أحدِهما.

وليس كذلك في الأَمْلاكِ؛ فإنَّه لا تُرجَّحُ إحدى البيِّنَتَيْن][١٠] إذا شهِدَتْ بمِلْكٍ مُتَقَدِّمٍ على أحدِ القولَيْن: هو أنَّ الأَمْلاكَ يجوزُ أن

---

(١) قال العمراني: (إن كانت دار إسلام إلا أن المشركين غلبوا عليها المسلمين وأخرجوهم منها، كطرسوس، وأرض القدس، والمصيصة وما أشبهها من الثغور، فإن كان فيها مسلمون بين الكفار، ووجد فيها لقيط حكم بإسلامه، لاجتماع حكم الدار والمسلم الذي فيها. وإن لم يكن فيها أحد من المسلمين ففيه وجهان: قال ابن الصباغ: لا يحكم بإسلام اللقيط الموجود فيها؛ لأنه لا يحتمل أن يكون ابن مسلم. وقال أبو إسحاق: يحكم بإسلامه؛ لأنها دار إسلام، ويحتمل أن يكون بقي فيها مسلم أخفى نفسه وهذا ابنه). انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ١٣.

(٢) في (ب): (وإذا).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ب): (اللقيط).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٤٣.

(٦) في (ب): (بإسقاط)، تصحيف.

(٧) في (ب): (وإذا).

(٨) في (ب): (منها).

(٩) في (خ): (حضانة).

(١٠) في (ب): (فإنا نرجح إحدى البينتين).

يَمْلِكَ الواحِدُ في وقتٍ غيرِ وَقْتِ الذي مَلَكَ فيه صاحبُه، [وانْتَقَل عنه إلى غيرِه][(١)]؛ فلِهذا لم يُرَجَّحْ بالتَّقدُّمِ[(٢)].

وليس كذلك في مسألتِنا [فإنَّ حقَّ][(٣)] الحَضانةِ إذا [أثبَتَ أحدُهما][(٤)] البيِّنةَ بالتَّقدُّمِ[(٥)]؛ فهو على حقِّه إلى أن يُعْلَمَ أنَّه قد زالَ إلى غيرِه بإذنِ الحاكِمِ، وليس هناك إذنُ حاكمٍ، فبان هاهُنا فائدةٌ في التَّقدِيم؛ لأنَّ الدَّعْوى في الحَضانةِ، فالظَّاهِرُ أنَّهما غيرُ مُتَساوِيَيْن في ذلك؛ فلِهَذا افْتَرقا[(٦)].

***

(٥٤٦): مَسألة

[في المتداعيين نسبَ لقيطٍ ولا بينةٍ]

إذا تَداعَى رجلانِ نَسَبَ لقيطٍ، ولا بيِّنةَ هناك؛ وُقِفَ الحالُ حتى يَبلُغَ اللَّقِيطُ، ويَنتَسِبُ[(٧)] إلى أحدِهما، وأمّا إذا أرادَ أن يَنْتَسِبَ[(٧)] قبل البُلُوغِ؛ لم يَكُنْ له ذلك؛ [ثُمّ إنَّ][(٨)] الانْتِساب يَلْزَمُ فيحتاجُ أن [يُوجَدَ مِمَّنْ لَقولِه][(٩)] حُكْمٌ، وقبل البُلُوغِ لا حُكْمَ لقولِه[(١٠)].

ويُفارِقُ هذا [إذا][(١)] افْتَرقَ الأبوانِ وبينهما صغيرٌ، فاختار أحدَ أبوَيْه؛ صَحَّ ذلك؛ [لأنَّ][(١)] الاختيارَ لا يلزمُ بدليلِ أنَّه لو اختارَ أحدَهما، ثم أرادَ أن يَنتَقِلَ إلى الآخرِ؛ كان له ذلك[(١١)]، فدلَّ على الفرقِ بينهما.

***

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (ب): (بالتقديم).
(٣) في (ب): (في).
(٤) في (خ): (ثبت لأحدهما).
(٥) في (ب): (بالتقديم).
(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٥٤.
(٧) في (خ): (وينسب).
(٨) في (خ): (لأن).
(٩) في (ب): (يؤخذ من قوله).
(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٥٣.
(١١) انظر: «الأم»: ٦/ ٢٣٩، ٢٤٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٠.

(٥٤٧): مَسْأَلَةٌ

[في ادعاءِ المرأةِ نسبَ لقيطٍ]

ولو ادَّعى نَسَبَ اللَّقيطِ[1] امرأةٌ، فهل يُقبَلُ ذلك منها، أم لا؟ فيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ:

أحدها: أنَّها كالرَّجلِ في ذلك.

والثاني: أنَّها[2] لا دَعْوَى لها.

والثالِث: أنَّها إن كانَتْ ذاتَ زَوْجٍ؛ لم يُقبَلْ ذلك منها، وإن كانَتْ غيرَ ذاتِ زَوْجٍ؛ قُبِلَ [منها][3].

وإذا قُلنا: لا دَعْوَى[4] لها، فأقامَتِ البيِّنةَ على ذلك سُمِعَ[5]، وإنَّما قُلْنا: لا دَعْوَى[6] لها[7]، **وتُفارِقُ** الرَّجلَ؛ لأنَّ إلحاقَ الولدِ بالرَّجلِ إنَّما هو من حيثُ الاستِدْلالُ، [فلا يُمْكِنُ][8] إقامةُ البيِّنةِ عليه؛ فلِهَذا سُمِعَتْ دَعْواه، والمرأةُ يُمْكِنُها إقامةُ البيِّنةِ على الولادةِ؛ لأنَّ ذلك [أَمْرٌ يَثْبُت بطريقِ المُشاهدةِ][9]، فلِهَذا لم يُسْمَعْ ذلك منها [إلَّا ببيِّنةٍ][10].

---

(١) في (ب): (لقيط). (٢) في (خ): (أنه).

(٣) ساقط من (خ)، انظر: «المهذب» ٢/ ٣١٦.

(٤) في (خ): (دعوة).

الدّعوة بالكسر: في النسب، والدّعوى أيضا هذا أكثر كلام العرب. «الصحاح»: ٦/ ١٠٥، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ٢٤.

(٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٧. (٦) في (خ): (دعوة).

(٧) في (ب): (لها لأن إلحاق الولد بالرجل). (٨) في (خ): (ولا يتمكن).

(٩) في (خ): (أم نسب من طريق الشهادة). (١٠) ساقط من (خ).

وإنَّما قُلْنا: إنَّها إذا كانَتْ ذاتَ زَوْجٍ لا تُسْمعُ [دَعْواها على أحدِ الوجهَيْن][١]؛ لأنَّا لو سمعْنَاها لألْحقْنا ذلك بزَوْجِها؛ لأنَّ الفِراشَ له، وذلك لا يَجُوزُ، وليس كذلك إذا كانَتْ خالِيةً [من الزَّوْجِ][٢].

***

(٥٤٨): مَسْألة

[في دعوى الحرِ والعبدِ في الحضانةِ، ونسبِ لقيطٍ]

تُقدَّم دَعْوَى الحُرِّ على دَعْوى العبدِ في الحَضانةِ، بل [لا يُسمَعُ][٣] دَعْوَى[٤] العبدِ، وأمّا إذا تداعَى حُرٌّ وعبدٌ نَسَبَ لَقِيطٍ سُمِعَتْ دَعْواهُ؛ لأنَّه قد ساوَى الحُرَّ في النَّسبِ الذي يُثْبِتُ[٥] النَّسَبَ؛ فلِهذا سُمِعَتْ دَعْواهُ[٦]، وليس كذلك في الحَضانةِ؛ لأنَّ ذلك من بابِ الوِلايةِ، والعبدُ ليس هو مُساوٍ للحُرِّ في ذلك[٧]؛ فلِهذا افْتَرقا.

[خ١٤٢/ ب]

***

(٥٤٩): مَسْألة

[في اللقيطِ البالغِ أقرَّ بالرقِ بعدما باعَ واشترى، ونكَحَ، وفي كونِه امرأةً]

إذا وُجِدَ لَقِيطٌ في دارِ الإسلامِ، وهو بالِغٌ؛ فالظاهِرُ: أنَّه حُرٌّ؛ [لأنَّه][٨] لا وِلايةَ لأحدٍ عليه، فإذا باعَ واشترَى ونكَحَ، ثم أقرَّ بالرِّقِّ لإنسانٍ، أو ادَّعَى إنسانٌ رِقَّه فأقرَّ له به؛ ففيها[٩] قولانِ[١٠].

---

(١) في (ب): (ذلك على أحد الوجوه).

(٢) ساقط من (ب)، انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٥٧، و«المهذب» ٢/ ٣١٦، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٤/ ٥٧٧.

(٣) في (ب): (نسمع).

(٤) في (خ): (دعوة).

(٥) في (ب): (ثبت به).

(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٧.

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ٣٩٥.

(٨) ساقط من (ب).

(٩) في (ب): (ففيه).

(١٠) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٧، و«الحاوي الكبير»: ٨/ ٦٠.

[ب ٨٣/ أ]

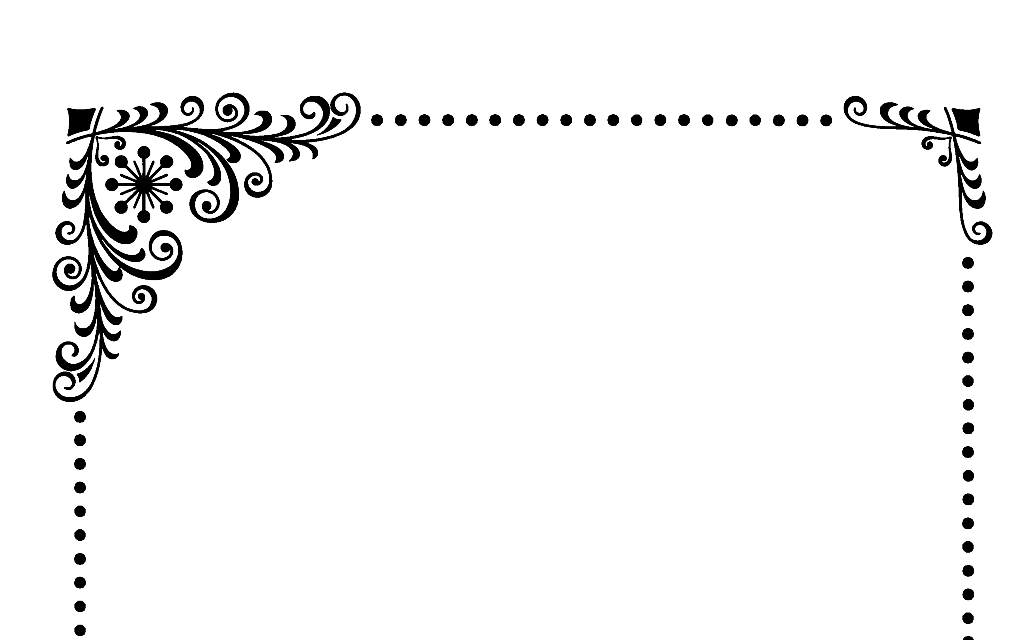
وشَـرْحُ ذلـك في المَذْهَـبِ مُسْـتَقْصًى[١]، إلَّا أنَّ [مـن][٢] فُـروع هـذه المَسْأَلَةِ إذا [كان ذلك][٣] امرأةً، وتزوَّجها إنسانٌ، فأَقَرَّت[٤] بالرِّقِّ، فهل يُقبَل إقرارُها في حقِّ الزَّوجِ، أم لا ؟ فيه قولان[٥] .

فإذا قُلنا: لا يُقبَل، فالأولادُ التي أَتَتْ بها قبل الإقرارِ أحرارٌ، وأمّا ما تَأْتِي[٦] به بعد ذلك، فيُقال للزَّوْجِ: أَرَضِيتَ[٧] أن تُقِيمَ معها على أن يَكون ولدُك رقيقًا، وإلَّا فطَلِّقْ، فإذا طلَّقها؛ اعْتَدَّتْ ثلاثةَ أَقْراءٍ.

ويُفارِقُ عِدَّةَ الوَفاةِ حيث قُلْنا: لا تَجِبُ عليها عِدّةُ حُرٍّ؛ لأنَّ عِدّةَ الوَفاةِ حَقٌّ لله تعالى، وليس كذلك هاهُنا؛ لأنَّ عِدَّةَ الطلاقِ حقٌّ[٨] للآدميِّ، فيَحْتاج [إلى تيَقُّنِ][٩] براءةِ رَحِمِها منه؛ فلِهَذا قُلْنا: تأْتِي بثلاثةِ أَقْراءٍ[١٠]، فدلَّ على الفرقِ بينهما، والله أعلمُ.



(١) في (خ): (مسلما).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (ب): (كانت).
(٤) في (خ): (وأقرت).
(٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٨.
(٦) في (خ): (أتي).
(٧) في (خ): (إن رضيت).
(٨) في (خ): (وعدة).
(٩) في (خ): (أن يتيقن).
(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٦٥.



كِتابُ الفَرائِضِ

(٥٥٠): [مَسْأَلَةٌ][1]

[في القاتلِ يكون صبيًا، هل يَرِث؟]

يُقـالُ: لِـمَ لا يَـرِثُ القاتِـلُ إذا[2] كانَ صبيًّـا[3]، كمـا لـم تُوجِبُـوا عليـه القَـوَدَ[4].

قُلْنـا: الفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ القَـوَدَ عُقوبـةٌ تتعلَّـقُ بالبَـدنِ، والصَّبِـيُّ ليس مـن أهـلِ العُقُوبـاتِ، وليـس كذلـك حِرمـانُ الإِرْثِ، فإنَّـه حُكْـمٌ[5] يَتعلَّـقُ بالمـالِ، والصَّبِـيُّ كالكبيـرِ فيمـا يَتَعلَّـقُ [بالمـالِ][6]، كأُرُوشِ الجنايـاتِ، فبـان الفـرقُ بينهمـا.

***

(٥٥١): مَسْأَلَةٌ

[في التوارثِ بين المُسلمِ، وزوجتِه الكافرةِ]

يُقال: لِمَ جاز للمُسلِمِ أن يَتزوَّجَ بكافرةٍ[7]، ولا يجوزُ له أن يرِثَها؟

قُلْنـا: الفـرقُ بينهمـا: أنَّ النـكاحَ عَقْـدٌ يَمْلِـكُ بـه[8] الاسـتِمْتاعَ، فجَـرَى[9] مَجْـرَى المُعاوَضـةِ؛ فلِهَـذا جـازَ أن يَعْقِـدَه المسـلمُ علـى الكافـرةِ، ولـم يَجُـزْ للكافـرِ عَقْـدُه علـى المُسلِمةِ؛ لقولِـه ﷺ: «**الإسـلامُ**

[خ ١٤٣/أ]

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (وإذا).

(٣) انظر: «الأم»: ٩/ ١٥٤، ١٥٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٦١، و«الحاوي الكبير»: ٨/ ٨٥.

(٤) انظر: «الأم»: ٧/ ٥٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٣.

(٥) في (ب): (لم)، تصحيف.

(٦) ساقط من (خ).

(٧) يعني من أهل الكتاب، انظر: «الأم»: ٦/ ٤٠٦.

(٨) في (ب): (دية)، تصحيف.

(٩) في (خ): (يجرى).

يَعْلُو، وَلا يُعْلَى عَلَيْهِ»[١]، [وأمّا الميراثُ][٢]، فإنَّه إنَّما [يَثْبتُ للحُرمةِ][٣]، والمُناسَبةِ[٤]، ولا حُرْمةَ[٥] بين المسلِمِ والكافرِ؛ فلِهَذا لم يَتوارَثَا، قال ﷺ: «لا يَتوارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ»[٦].

***

[في ميراثِ بنتِ البنتِ]

(٥٥٢): مَسْأَلة

وبِنْتُ البنتِ لا تَرِثُ بحالٍ، **وتُفارِقُ** بنتَ الابنِ؛ [لأنَّ بنتَ الابنِ][٧]، لمَّا وَرِثَتْ مع عَصَبةٍ هو[٨] أَبْعَدُ منها جاز أن تَرِثَ، وليس كذلك بنتُ

---

(١) أخرجه الروياني في «مسنده»: ٢/ ٣٧، رقم (٧٨٣)، والدارقطني في «سننه»: رقم (٣٦٢٠)، كلاهما مرفوعًا من حديث عائذ بن عمرو رضي الله عنه.

وأخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٦/ ١٢٦، رقم (٥٩٩٦)، وفي «الصغير»: ٢/ ١٥٣-١٥٥، رقم (٩٤٨)، من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حكاية الأعرابي الذي أسلم وقول رسول الله ﷺ له: «الحمد لله الذي هداك إلى هذا الدّين الذي يعلو، ولا يعلى».

وأخرجه أسلم بن سهل في «تاريخ واسط»: ١/ ١٥٥، من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه، بلفظ: «الإيمان يعلو ولا يعلى عليه».

وذكره البخاري معلقًا موقوفًا على ابن عباس رضي الله عنهما بصيغة الجزم.

(٢) في (خ): (فالميراث).

(٣) في (خ): (ينسب للحرية).

(٤) ناسبته مناسبة -شركته في نسبه والنّسيب- المناسب. «المخصص» لابن سيده: ١/ ٣٣١.

(٥) في (خ): (حرية).

(٦) أخرج أبو داود: في كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر؟، رقم (٢٩١١)، والترمذي: في كتاب الفرائض، باب لا يتوارث أهل ملتين، رقم (٢١٠٨)، وابن ماجه: في كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك، رقم (٢٧٣١)، وأحمد: رقم (٦٦٦٤)، كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إلا الترمذي، فحديثه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، انظر: التلخيص الحبير: ٤/ ٢٠٣٧، رقم (٤٣٩٢).

(٧) ساقط من (ب).

(٨) في (ب): (وهو).

البنتِ، فإنَّها لا تَرِثُ مع عَصَبةٍ هو[1] أَبْعَدُ منها؛ فلِهَذا لم يكن لها مِيراثٌ، كبِنْتِ المَوْلَى[2].

***

(٥٥٣): مَسْأَلَة

[في حَجبِ الأُمِّ]

بَنُو الإخوةِ لا يَحْجِبُون الأمَّ عن الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ[3]، بخِلافِ وَلَدِ الابنِ؛ لأنَّ [اسمَ][4] الوَلَدِ يَقَعُ على وَلَدِ الولدِ، إمّا حقيقةً، وإمّا[5] مجازًا، فلِهَذا حَجَبوا [الأمَّ][6]، وبَنُو الإخوةِ لا[7] يَقَعُ عليهم اسمُ الإخْوةِ لا مجازًا ولا حقيقةً؛ فلِهَذا لم يَحجُبوا.

وأيضًا: فإنَّ بَنِي الإخوةِ لا يَقُومُون مَقامَ آبائِهم في مُقاسَمةِ الجَدِّ؛ فلِهَذا لم يَقُوموا مَقامَهم في الحَجْبِ، ووَلَدِ الابنِ لمَّا قام مَقامَ أبيه في ميراثِه [مع الجَدِّ][6] قامَ مَقامَه في الحَجْبِ.

وفرقٌ آخرُ: وهو أنَّ وَلَدَ الابنِ بمنزلةِ الابنِ في أنَّه يُعَصِّبُ أختَه؛ [فلِهَذا][4] كان بمنزلتِه في الحَجْبِ [وليس كذلك ابنُ الأخِ، فإنَّه لا يُعَصِّبُ أختَه؛ فلِهَذا لم يَقُمْ مقامَ أبيه في الحَجْبِ][6]؛ فلِهَذا فُرِّق بينهما[8].

***

(٥٥٤): مَسْأَلَة

إذا اجْتمَع هناك جَدَّتان من قِبَلِ الأَبِ، ومن قِبَلِ الأمِّ، نَظَرْتُ، فإن كانوا في القُرْبِ سواءً، كانَ السُّدُسُ بينهما، وإن كانَتْ أحدُهما أقربَ

[ب ٨٣/ ب]

---

(١) في (ب): (وهو).

(٢) في (خ): (الولي).

(٣) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٩.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (خ): (أو).

(٦) ساقط من (خ).

(٧) في (ب): (لم).

(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ١٠٤.

من الأخرى، نَظَرْتُ، فإن كانَتِ القُرْبَى من جِهَةِ الأمِّ؛ كان السُّدُس لها، وإن كانت القُرْبَى من جِهَة الأبِ، فروَى أهلُ الحِجازِ عن زيدٍ رضي الله عنه أنَّ السُّدُسَ بينهما[1]، وبه قال الشَّافِعي رضي الله عنه في الجديدِ[2]. [خ١٤٣/ب]

فعلى هذا **الفرقُ**[3] **بينهما**: هو أنَّه[4] لمَّا كان السَّبَبُ الذي تُدْلِي[5] به الجدةُ من قِبَل الأمِّ -وهو الأمُّ- تُسْقِطُ الجَدّةَ من قِبَل الأبِ؛ فلِهَذا[6] جازَ أن تَنْفَرِدَ بالسُّدُسِ إذا كانَتْ أَقْرَبَ، وليس كذلك الجَدّةُ من قِبَل الأبِ؛ لأنَّ السببَ الذي تُدْلِي به هو الأبُ، وهو لا يُسْقِطُ [الجَدّةَ][7] من قِبَل الأمِّ؛ فلِهَذا اشْتَركا في السُّدُسِ[8].

***

(٥٥٥): مَسْأَلَة

[في حَجبِ الجَدّةِ]

ولا[9] تَرِثُ جَدّةٌ وابنُها حَيٌّ؛ أَعْني: ابنَها الذي جَرَّها إلى الميراثِ[10].

فإن قيل: ما الفرقُ بين هذا، وبين الإخْوةِ للأمِ حين وَرَّثَهم مع وُجودِ الأمِّ، وإن[11] كانَتْ هي السَّبب الذي جَرَّهم إلى الميراثِ؟

قُلْنا: الفرق بينهما: هو أنَّ الإخوةَ من الأمِّ رَكَضُوا مع الميتِ[12] في

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبير»: ٦/ ٣٨٩، رقم (١٢٣٦٣).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ١١٢، و«المهذب» ٢/ ٤١٠.

(٣) في (ب): (فرق).

(٤) في (ب): (أنه الفرق).

(٥) أي: تتوصّل، وأدلى إلى الميت بالبنوّة ونحوها وصل بها، وهو من إدلاء الدلو إلى الماء. انظر: «النظم المستعذب»: ٢/ ١١٩، و«المصباح المنير»: ١/ ١٩٩.

(٦) في (ب): (بهذا).

(٧) ساقط من (ب).

(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ١١٢.

(٩) في (ب): (لا).

(١٠) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٨، و«الحاوي الكبير»: ٨/ ٢٣٨.

(١١) في (ب): (فإن).

(١٢) في (ب): (البنت)، تصحيف.

رَحِمٍ واحدٍ[١]؛ فهم مُساوُون[٢] له؛ فلِهَذا وَرِثُوا منه مع وُجودِ الأمِّ[٣]، وليس كذلك الجَدّةُ، فإنَّها لم تَجْرِ مع وَلَد الولدِ في رَحِمٍ، وإنَّما ابنُها هو السببُ الذي تَستَحِقُّ به الميراثَ إذا كان مَيِّتًا، [وأمّا إذا][٤] كان حيًّا؛ فهو أحقُّ به؛ لأنَّه أبو الميِّتِ؛ فلِهَذا افْترقا.

***

(٥٥٦): مَسْألة

[في ميراثِ الأُمِّ إذا كان هناك زوجٌ أو زوجةٌ]

إذا تركَ زَوْجةً وأبوَيْن، أو تركَتْ زَوْجًا وأبوَيْن؛ كان للأمِّ في المسألتَيْن ثُلُثُ ما يَبْقَى[٥] بعد فَرْضِ الزَّوْج والزوجةِ، ولو كان مكانَ الأبِ جَدٌّ، والمسألةُ بحالِها؛ كان للأمِّ الثُّلُثُ كاملًا[٦].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الأُمَّ والأبَ قد استَوَيَا في السَّبَبِ[٧] الذي يُدْلِيان به إلى المَيِّتِ، وهي الولادةُ، وانْفَردَ الأبُ بالتَّعصِيبِ، فلِهَذا كان ما بَقِي بينهم للذَّكرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثيَيْن، وليس كذلك مع الجَدِّ، فإنَّ الأُمَّ تَرِثُ هناك بالرَّحِمِ المَحْضِ والجَدّ بالتَّعصِيبِ المَحْضِ، فهو غيرُ مُشارِكٍ لها في الرَّحِمِ [المَحْضِ][٨]؛ فلِهَذا [لم][٨] يُعَصِّبْها؛ فدلَّ على الفَرْق بينهما[٩].

[خ ١٤٤/أ]

***

(١) الرّكض: تحريك الرّجل، وركضوا بأرجلهم في رحم واحدة، أي: حرّكوها جميعا. «النظم المستعذب» ٢/ ٢٢٩.

(٢) في (ب): (متساوون).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ٤٥.

(٤) في (خ): (فإذا).

(٥) في (خ): (بقي).

(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٤٠.

(٧) في (ب): (النسب).

(٨) ساقط من (خ).

(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٩٩.

[فيمن اجتمَع فيه سببان يَرِثُ بكلِّ واحدٍ منهما]

(٥٥٧): مَسْألة

إذا اجْتَمعَ في شَخْصٍ واحدٍ سبَبَانِ يَرِثُ بكلٍّ[1] واحدٍ منهما على الانفرادِ، كالمَجُوسِي[2]، ومن يُولَدُ[3] عن وَطْءِ الشُّبهةِ؛ لم يَرِثْ إلَّا بأحدِهما.

ويُفارِقُ الزوجَ إذا كان ابنَ عمٍّ هو[4] الزَّوْجُ اجتمع فيه فَرْضٌ وتَعْصِيبٌ؛ فهو يَرِثُ بأحدِهما غَيْرَ ما يَرِثُ بالآخرِ؛ فلِهَذا وَرِثَ بهما جميعًا، وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من السبَبَيْن يَرِثُ به من جِنْسِ ما يَرِثُ بالآخرِ، وهذا[5] مُقَدَّرٌ؛ فلِهَذا قُلْنا: يَرِثُ بأحدِهما[6].

***

[في ولاءِ أولادِ العبدِ يتزوجُ بأمةٍ لآخرَ أو كانت مُعتَقة]

(٥٥٨): مَسْألة

إذا تزوَّجَ عبدٌ بأمةٍ لإنسانٍ فأَوْلَدَها؛ كانت الأولادُ [مماليكَ][7] لسيدِ الأمةِ، فلو أعتقَهم سيِّدُ أمِّهم ثَبَتَ الولاءُ[8] له، فإذا أُعْتِقَ الأبُ بعد ذلك؛ لم يَجُرَّ ولاءَ[9] أولادِه إلى مواليه، فأمّا إذا تزوَّج عبدٌ مُعْتَقَةً لقومٍ فأَوْلَدَها، فالأولادُ تَبَعٌ لأمِّهم، والولاءُ عليهم لمواليها، فلو أُعْتِقَ العبدُ بعد ذلك جَرَّ ولاءَ أولادِه إلى مواليه.

[ب ٨٤/ أ]

ويُفارِقُ المسألةَ قبلها: هو أنَّ في المسألةِ قبلها أنَّ الأولادَ مَسَّهُمُ الرِّقُّ ونَالَهم العتقُ؛ فلِهَذا؛ لم يَنْجَرَّ[10] ولاؤُهم إلى موالي أبيهم،

(١) في (خ): (وكل).

(٢) في (ب): (كالمجوس)، أي، كما في نكاح المجوس: يتزوّج الرجل بنته، فتلد، فما ولدته أخوها من أبيها، وهي أمّه؛ فاجتمع لها سببان. انظر: «المهذب» ٢/ ٤١٥.

(٣) في (ب): (تولد).

(٤) في (خ): (فإن).

(٥) في (خ): (وهو).

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ٤١٧.

(٧) ساقط من (ب).

(٨) في (ب): (الولاية).

(٩) في (ب): (الولاء).

(١٠) في (خ): (يجر).

وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ الولاءَ على الولدِ إنَّما يَثْبُتُ[1] بحُكْمِ التَّبَعِ [للأمِّ][2]؛ فلِهَذا جَرَّه الأبُ إلى مواليِه[3]، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٥٥٩): مَسْألَة

[في الوصيةِ للوارثِ والأجنبيِّ]

إذا أوصَى بثُلُثِ مالِه لوارثٍ وأَجْنَبيٍّ نَظَرْتُ، فإن أجازَه الوارِثُ؛ جاز وكان الثُّلُثُ بينهما نصفَيْن، وإذا ردَّه الوارِثُ بطَلَتْ حِصّةُ الوارِثِ وسَلِمَ للأجنبيِّ نِصْفُ الثُّلُثِ، وهو السُّدُس[4].

ولا يُشْبِهُ هذا تَفْرِيقَ الصَّفْقةِ إذا باعَ مالَه ومالَ غيرِه: هو أنَّ هناك عَقْدَ مُعاوَضةٍ، وقد اشْتَمَلَتِ الصَّفقةُ على حرامٍ وحلالٍ، فغُلِّبَ حُكْمُ الحرامِ على الحلالِ [على أحدِ القولين][2]، فبَطَلَ العَقْدُ فيهما، أو[5] لأنَّ الثَّمنَ مَجْهولٌ، وجَهالةُ العِوَضِ تُبْطِلُ العَقْدَ[6]، وفي مسألةِ الوصيَّة بخلافِه؛ فلِهَذا افْتَرقا. [خ ١٤٤/ب]

***

(٥٦٠): مَسْألَة

[في الوصيةِ للقاتلِ]

تجوزُ الوصيةُ للقاتِلِ[7] في أحدِ القولَيْن[8].

---

(١) في (خ): (ثبت).	(٢) ساقط من (خ).

(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٠٢، ٤٠٣، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ٥٤٩.

(٤) انظر: «الأم»: ٥/ ٢٣٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٤٣.

(٥) في (ب): (و)، والصواب ما في (خ)، لأنها هي علل اختلف الأصحاب في كون أيّ منها سبب تحريم تفريق الصفقة، انظر المسألة «المهذب في فقه الشافعي»٢/ ٢٤.

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ٢٤، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ١٤٣، ١٤٤.

(٧) في (ب): (للمقاتل).

(٨) انظر: «الأم»: ٧/ ٢٧، ٢٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٩، و«المهذب» ٣/ ٢٠٠، «روضة الطالبين» ٦/ ١٠٧، و«منهاج الطالبين» ص: ١٨٩

ويُفارِقُ الميراثَ؛ لأنَّ الوصيةَ المالُ فيها[١] يُستَحَقُّ بعقْدٍ وقَبولٍ، فلم يُنافِه القتلُ كالبيعِ والهِبةِ[٢]، والميراثُ[٣] طُعْمةٌ من اللهِ تعالى للوارِثِ، فإذا قَتَلَ مَوْرُوثَه؛ فقد استَعْجَلَ ما كان مُباحًا له، فحُرِمَ المِيراثُ لأَجْلِ ذلك، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٥٦١): مَسْألة

[في الرجوعِ في الوصيةِ]

إذا أَوْصَى لرجل بعبدٍ أو[٤] دارٍ أو ما أَشْبَهَ ذلك، ثم باعَه أو وهبَه، أو كاتَبَه، أو دبَّره، أو رَهَنَه؛ كان ذلك كله رجوعًا في الوَصِيّةِ، ولو آجَرَه، أو كانَتْ[٥] أمةً فزَوَّجَها[٦]؛ لم يكن رُجوعًا[٧].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الإجارةَ والتَّزويجَ عقودٌ على المَنْفعةِ، ولا تُزِيلُ[٨] المِلْكَ؛ فلِهَذا لم يَكُنْ رجوعًا في الوصيةِ بخِلافِ البيعِ وغيرِه، **ألا ترَى** أنَّه لو أَوْصَى بأمتِه المُزوَّجةِ، وبدارِه المُؤاجَرةِ؛ صحَّت الوصيةُ، وبمثلِه لو كاتَبَ العبدَ أو رهنَه أو وهبَه، ثم وَصَّى به؛ لم يَصِحَّ شيءٌ من ذلك، فدلَّ على الفَرْق بينهما.

***

(٥٦٢): مَسْألة

[في ضمانِ المُودَعِ بزوال التعدي]

إذا تَعَدَّى في الوَدِيعةِ؛ مِثْل أن يُودِعَه دابّةً، أو ثوبًا، فأخرجَ الثَّوْبَ،

---

(١) في (خ): (فيما). (٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ١٩١.

(٣) في (ب): (والميراث والميراث)، بتكرار. (٤) في (ب): (و).

(٥) في (ب): (كاتب).

(٦) في (ب): (فتزوجها)، موافق لما في «الأم»، و«مختصر المزني».

(٧) انظر: «الأم»: ٥/ ٢٥٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٤٥.

(٨) في (خ): (يزول).

فلَبِسَه أو رَكِبَ الدابةَ؛ ضَمِنَها بذلك، ولو رَدَّها إلى الحِرْزِ[١]؛ لم يَزُلِ الضَّمانُ[٢].

فإن قيل: لِمَ لا يَزُولُ الضَّمانُ، وقد زالَ التَّعدِّي، كما لو اصْطادَ المُحْرِمُ [صيدًا][٣] فإنَّه يَضْمَنُه، ولو أَرْسلَها من يدِه؛ زالَ الضَّمانُ عنه.

قُلْنا: الفرقُ بينهما: هو أنَّ الوديعةَ أمانةٌ حصلَتْ في يدِ المُودَع بأمرِ صاحبِها، فإذا تعدَّى فيها فقد خَرَج عن كونِه أَمِينًا في حِفْظِها؛ فلِهَذا لم يَزُلِ الضَّمانُ عنه بِفِعْلِ نفسِه، وليس كذلك المُحْرِم، فإنَّه لم يَكُنْ أمينًا في الابتداءِ، وإنَّما بأَخْذِ الصَّيدِ؛ كان ضامِنًا؛ فلِهَذا ارْتَفَع عنه الضَّمانُ بإعادتِه إلى موضعِه.

[خ ١٤٥/أ]

[ب ٨٤/ب]

[**يَدُلُّ على صحةِ هذا**: أنَّ الصيدَ قد عادَ إلى مالكِه، وهو اللهُ سبحانه، والوديعةُ][٤] لم تَرْجِعْ[٥] إلى [يَدِ][٣] صاحبِها[٦]؛ فلِهَذا كان الضَّمانُ باقيًا عليه.

فإن قيل: أليسَ التَّحريمُ ثابتًا في الخمرِ لأجلِ الشَّدّةِ المُطرِبةِ، فإذا [ارتفعَتِ الشِّدّة][٣] ارتَفَع التَّحريمُ[٧]، فهَلا قُلْتُم: إنَّ الضَّمانَ يَزُولُ هاهُنا بزوالِ التَّعدِّي؟

قُلْنا: لا نقولُ ذلك.

والفرقُ بينهما: [هو][٤] أنَّ الحقَّ هاهُنا لآدميٍّ؛ فلم يَرْتَفِعِ الضَّمانُ عنه حتى يعودَ الشيءُ إلى [يدِ][٤] صاحبِه، وليس كذلك فيما ذَكَرُوه

---

(١) في (خ): (الحوز)، موافق لما في «الحاوي الكبير».

(٢) انظر: «الأم» ٥/ ٢٩٠، و«مختصر المزني» ٨/ ٢١٥، و«الحاوي الكبير» ٧/ ١٢٤.

(٣) ساقط من (خ).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (يرجع).

(٦) في (ب): (صاحبه).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير» ١٣/ ٣٩٨.

[من الخمرِ][١]؛ لأنَّ الشِّدةَ حدثَتْ لا من جِهَةِ آدمي؛ فلِهَذا ارتفعَ التَّحْريمُ بارتفاعِها؛ لأنَّه لا صُنْعَ للآدَمِيّ في ذلك، فدلَّ على ما ذكرْناهُ.

***

[في صرفِ الزكاةِ إلى الأصنافِ الثمانيةِ]

(٥٦٣): مَسْأَلَةٌ

ويَجِبُ صَرْفُ الزَّكاةِ إلى الأصنافِ المذكورين في الآيةِ، فلا[٢] يَجوزُ صرفُها إلى صِنْفٍ واحدٍ[٣].

ويُفارِقُ الكفاراتِ؛ لأنَّ الكفاراتِ حَقٌّ يَتَعلَّقُ بالذِّمةِ[٤]؛ فلِهَذا اخْتُصَّت بصِنْفٍ واحدٍ، وليس كذلك الزكاةُ، فإنَّها تَتَعلَّقُ بالعَيْنِ، وقد أَمَرَ بصَرْفِها في[٥] أقوامٍ مَوصوفِين بصفاتٍ؛ فلِهَذا لم يَجُزِ الإخلالُ ببعضِهم مع القُدْرةِ عليه.

[في نقلِ الصدقةِ عن بلدِ المالِ]

ولِهَذا الفرقُ، **قُلْنا**: إنَّ نَقْلَ الصَّدقةِ عن بلدِ المالِ لا يَجُوزُ على أحدِ القولَيْن، ويَجُوزُ نَقْلُ الكفارةِ[٦]؛ [لأجلِ أنَّها][٧] تتعلَّقُ [في الذِّمةِ][٨]، وزكاةُ المالِ تَتعلَّقُ بعينِه؛ فلِهَذا اخْتُصَّت ببلدِ المالِ.

[خ ١٤٥/ب]

وأمَّا إذا كان في بلدٍ، ومالُه في بلدٍ، وأَهَلَّ شَوّالٌ، فأَيْن يُخرِجُ زكاةَ الفِطْرِ، **الصَّحيحُ** من المَذْهَبِ: أنَّه يُخرِجُها في البلدِ الذي [وَجبت، وهو][٩] فيه.

ويُفارِقُ زكاةَ المالِ؛ لأنَّ زكاةَ الفِطْرِ حَقٌّ يَتَعلَّق بالبدنِ؛ فلِهَذا اعتُبِر بموضعِه، وزكاةُ المالِ بخِلافِه[١٠].

***

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (خ): (ولا).
(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٤٧٨.
(٤) في (ب): (في الذمة).
(٥) في (ب): (إلى).
(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٤٨٣.
(٧) في (خ): (لأنها).
(٨) ساقط من (خ).
(٩) في (خ): (هو).
(١٠) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٣/ ٤٣٦.

(٥٦٤): مَسْألَة

[فيمن يَصرَفُ له الزكاة مع الغنى]

يجوزُ صَرْفُ الزَّكاةِ إلى العاملين والغارمين لمَصْلحةِ ذاتِ البَيْنِ، والغُزاةِ مع [الغِنَى والفَقْرِ](١)، وأمّا الفقراءُ والمساكينُ وغيرُهم من بقيةِ الأصنافِ؛ فلا يُدْفَعُ إليهم إلَّا مع الفقْرِ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ العاملِينَ ومَن ذكرْنَا يأخُذُون الزكاةَ لحاجِتِنا إليهم فلِهَذا أُحِلَّتْ(٢) لهم مع [الغِنَى والفَقْرِ](٢)، ومن عَدَاهُم يأخذُونَها لحاجتِهم إلينا؛ فلِهَذا لم تَحِلَّ لهم مع الغِنَى(٣)، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٥٦٥): مَسْألَة

[في دفعِ الزكاةِ لمَن لديه القدرةُ على الاكتسابِ]

القُدْرةُ على الاكتسابِ تَحِلُّ مَحَلَّ المالِ في تحريمِ دَفْعِ(٤) الزكاةِ الواجبةِ [إليه](٥)، ولا تَقُومُ مَقامَ(٦) المالِ في وُجوبِ الحَجِّ عليه.

[**والفرقُ بينهما**: أنَّ](٧) الحجَّ يتعلَّقُ بقَطْعِ مسافةٍ بعيدةٍ، فرُبَّما يَعجَزُ عن الاكتسابِ؛ فلِهَذا لم يَجِبْ عليه، وليس كذلك الزكاةُ، فإنَّ القَصْدَ منها سَدُّ الخَلَّة(٨) والفاقَةِ(٩)، فإذا كان قادرًا على الاكْتِسابِ، فقد حَصَلَ المَقْصودُ من المالِ؛ فلِهَذا لم تَحِلَّ له الصدقةُ الواجبةُ.

***

(١) في (خ): (الغني والفقير). (٢) في (خ): (حلت).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٤٨٦. (٤) في (ب): (وقع).

(٥) ساقط من (خ)، انظر: «الأم»: ٢/ ٧٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٥٦.

(٦) في (خ): (مقامه). (٧) في (خ): (لأن).

(٨) الخلّة، بالفتح: الحاجة والفقر. «لسان العرب»: ١١/ ٢١٥.

(٩) في (ب): (وإرفاقه)، تصحيف، والفاقة: الفقر والحاجة. «مختار الصحاح»، ص: ٢٤٤.

[في دفع أحدِ الزوجين للآخرِ زكاةَ مالِه]

(٥٦٦): مسألة

لا يجوزُ للزَّوجِ صَرْفُ زكاةِ مالِه إلى زوجتِه[1] بسَهْمِ الفَقْرِ والمَسْكنةِ[2]، ويجوزُ لها دَفْعُ زكاةِ مالِها إلى زوجِها[3].

[ب ٨٥/أ]

والفرقُ بينهما: أنَّ الزوجةَ تَجِبُ نفقتُها على زوجِها؛ فهي مُسْتَغْنِيةٌ بذلك؛ فلِهَذا لم يَجُزْ [صَرْفُ][4] زكاتِه إليها، وليس كذلك في حَقِّها[5]، فإنَّ نَفَقةَ الزَّوجِ لا تَجِبُ عليها؛ فلِهَذا [كان][6] لها صَرْفُ زكاتِها إليه[6].

[خ ١٤٦/أ]

فإن قيل: إذا دَفَعَتْ زكاتَها إليه[7]؛ كانت عائدةً إليها؛ لأنَّه[8] يُنْفِقُها عليها؟

قُلْنا: هذا لا يَمْنعُ؛ لأنَّها تَعُود إليها بسبَبٍ آخرَ.

وعَقْدُ البابِ في هذا: أنَّ اختلافَ العَقْدِ على العَيْنِ الواحدةِ يجعلُها بمَنْزلةِ العينَيْن، **ألا ترى** أنَّ الصدقةَ كانَتْ مُحَرَّمةً على النبيِّ ﷺ، فدَخَل ذاتَ يومٍ على بعضِ نسائِه، فرأى البُرْمَةَ تَغْلي فقال: «**مَا هَذَا؟**» فقيل: لحم تُصُدِّقَ به على بَرِيرةٍ، فقال ﷺ: «**هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ**»[9]، فدلَّ على أنَّ اختلافَ [العَقْدِ][6] على العَيْنِ الواحدةِ [يَجْعلُها][10] بمَنْزلةِ العينَيْن.

***

(١) في (ب): (الزوجة).

(٢) انظر: «الأم»: ٣/ ٢٠٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٠.

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٥٣٧.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (جهتها).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٥٣٨.

(٧) في (خ): (إليها).

(٨) في (ب): (فإنه).

(٩) متفق عليه، أخرجه البخاري: في كتاب الزكاة، باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ، برقم (١٤٩٣)، و(٥٠٩٧)، ومسلم: في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، برقم (١٥٠٤)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(١٠) ساقط من (خ).

(٥٦٧): مَسْأَلَة

[فيمن اجتَمع فيه سببان يستحقُ بكلِّ واحدٍ منهما الصدقةُ]

إذا اجتَمعَ في شَخصٍ واحدٍ سَببَانِ[1] يَسْتَحِقُّ كلُّ واحدٍ منهما من الصَّدقةِ؛ مِثْل أن يكونَ فقيرًا [غازيًا أو غارمًا غازيًا][2] لم يُعْطَ إلَّا بأحدِهما على أحدِ القولَيْن[3].

فإن قيل: أليسَ لو قال لامرأتِه: إن دَخَلَ رجلُ الدَّارَ؛ فأنتِ طالِقٌ، إن دخل زيدٌ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ، إن دَخَلَ فَقِيهُ الدَّارَ فأنتِ طالِقٌ، فدَخَلَ رجلٌ اسمُه زيدٌ وهو فَقِيهٌ؛ طُلِّقَت ثلاثًا[4]، وجُعِلَ ذلك بمَنْزلةِ أَشْخاصٍ ثلاث؛ فهَلَّا قُلْتُم في الزَّكاةِ مِثْل ذلك؟

قُلْنا: لا نقولُ ذلك.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الزكاةَ يَستحِقُّها أقوامٌ مَوْصُوفون مَعْدُودُون[5]، فلو قُلْنا: إنَّ اختلافَ الصِّفةِ[6] بمَنْزلةِ الشخصَيْن لأَخْلَلْنا بالعَدَدِ المذكورِ؛ فلِهَذا لم يَجُزْ، وليس كذلك في الطَّلاقِ فإنَّه عَلَّقَه بدُخولِ رجلٍ مَوْصوفٍ؛ فلِهَذا أَقَمْنا الصِّفةَ مَقامَ المَوْصوفِ، فأَوْقَعْنا الطلاقَ بوجودِها مع المَوْصوفِ، كما لو وُجِدَت مُنْفردةً[7]، فبان الفرقُ بينهما.

[خ ١٤٦/ ب]

***

(٥٦٨): مَسْأَلَة

[في دفعِه هو أو الإمامِ الزكاةَ لمن ظاهرُه الفقرُ، فبان غنيًّا]

إذا دَفَعَ الزَّكاةَ إلى الإمامِ، فدَفَعَها الإمامُ إلى رجلٍ ظاهرُه الفَقْرُ، ثم بانَ أنَّه كان غَنِيًّا؛ لم يَجِبْ عليه الضَّمانُ، ولو تَوَلَّى هو دَفْعَها بنفسِه إلى فقيرٍ، ثم بانَ أنَّه كان غَنيًّا؛ لم يُجْزِه على أحدِ القولَيْن[8].

---

(١) في (ب): (شيئان). (٢) في (خ): (غارما أو غازيا).

(٣) انظر: «الأم»: ٣/ ٢٠٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٠، و«المهذب» ١/ ٣١٧.

(٤) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٧. (٥) في (ب): (معروفون).

(٦) في (ب): (الصفقة). (٧) في (ب): (مقيدة).

(٨) انظر: «الأم»: ٣/ ١٨٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٠.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا دَفَعَها إلى الإمام، فقد سَقطَ الفَرْضُ عنه باليَقِين، والإمامُ أَعْرفُ بأهلِ السِّهام[1] منه؛ فلِهَذا أَجزَأَهُ، وليس كذلك إذا دَفَعها بنفسِه؛ لأنَّه إنَّما يَسقُطُ[2] عنه الزكاةُ هاهُنا من حيث الظَّاهِرُ، فإذا تيقَّنَ الخَطَأَ؛ لَزِمَه القَضاءُ[3].

***

(٥٦٩): مَسْألة

[في شرطِ العبادةِ المأمورِ به]

إذا أَمَرَ اللهُ تعالى المُكَلَّفَ بعبادةٍ تَحْتاجُ إلى شَرْطٍ، فهل يكونُ مأمورًا بذلك الشَّرْطِ، أم لا ؟ يُنْظَرُ فيه، فإن كانَ الشَّرْطُ يَتعلَّقُ بفِعْلِ العِبادةِ[4]؛ فهو[5] مَأْمورٌ به، كالطَّهارةِ فإنَّه[6] مأمورٌ بها، وبما[7] هو شَرْطٌ فيها كطَلَبِ الماءِ واسْتِقائِه[8]، وإن كان شَرْطًا في الوُجُوبِ؛ لم يُؤْمَرْ [به][9] كالزَّكاةِ، والحَجِّ وليس[10] هو مأمورًا بطَلَبِ المالِ فيهما؛ لأنَّه من شَرْطِهما[11].

[ب ٨٦/ ب]

والفرقُ: هو أنَّ طَلَبَ المالِ اكْتِسابٌ، ولا يَجِبُ على الإنسانِ الاكْتِسابُ ليَجِبَ عليه الفرضُ وطَلَبُ الماءِ [شَرْطٌ][9] في الفِعْلِ؛ فلِهَذا وَجَب عليه، وهذا فَرْقٌ حَسَنٌ.

***

(١) في (خ): (السهمان). (٢) في (خ): (سقط).

(٣) انظر: «المهذب» ١/ ٣٢٠، ٣٢١.

(٤) أي: كونه شرط صحة، انظر: «المحصول في أصول الفقه» للرازي: ٢/ ١٢٢.

(٥) في (ب): (هو). (٦) في (خ): (هو).

(٧) في (ب): (وربما).

(٨) في (خ): (والسّقاية)، استقى من النهر والبئر استقاء: أخذ من مائه. «لسان العرب»: ١٤/ ٣٩٣.

(٩) ساقط من (ب). (١٠) في (خ): (ليس).

(١١) انظر: التقريب والإرشاد، لأبي بكر الباقلاني: ٢/ ١٠٢، ١٠٣.

(٥٧٠): مَسْأَلة

[في تغيرِ اجتهادِه في معرفةِ القِبلةِ أثناءَ الصلاةِ]

إذا اجْتَهَد في القِبلةِ عند الاشْتِباهِ، فأَدَّاه اجتهادُه إلى أنَّ القِبلةَ في جِهَةٍ، فأَحْرَمَ بالصلاةِ إليها، ثم تَغَيَّرَ اجتهادُه في أثنائِها، وبانَ له أنَّ القبلةَ في غيرِ تلك الجِهَةِ من حيث الاجتهادُ، فإنَّه يَنحَرِفُ إليها، ويَبْنِي على صلاتِه.

[خ ١٤٧/أ]

ومن أصحابِنا من قال: يَستَأْنِفُ الصَّلاةَ ولا يَبْني؛ لأنَّها تكونُ صلاةً باجتهادَيْن، وهذا لا يجوزُ كما لا يَجُوزُ للحاكِمِ أن يَحْكُمَ في حادثةٍ واحدةٍ باجتهادَيْن، والمَذهَبُ هو الأَوَّلُ[١].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الحُكْمَ طريقُه القولُ، فهو بمنزلةِ قَوْلِ الحاكِمِ أَمْضَيْتُ الحُكْمَ، [أَمْضَيْتُ الحُكْمَ][٢]، ولو قال كذلك؛ لم يَكُنْ للثاني[٣] حُكْمٌ، وليس كذلك الصَّلاةُ، فإنَّه حُكْمٌ يَتَعلَّقُ بالفِعلِ لا بالقولِ[٤]، فبان الفرقُ بينهما[٥].

***

(٥٧١): مَسْأَلة

[في الإبرادِ بصلاةِ الظهرِ، والجمعةِ]

المُسْتَحَبُّ الإبرادُ[٦] بالظُّهرِ عند شِدَّةِ الحَرِّ إذا كان ذلك في زَمانِ

---

(١) انظر: «المهذب» ١/ ١٣١.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (الثاني).

(٤) في (خ): (بالتولي).

(٥) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٢/ ١٤٧.

(٦) الإبراد: انكسار وهج الشمس بعد الزوال، وسمّي ذلك إبرادًا؛ لأنه بالإضافة إلى حرّ الهاجرة برد. «غريب الحديث» للخطابي: ١/ ١٨٦.

الحَرِّ في بلادٍ شَدِيدةِ الحَرِّ[١]، وهو إمامٌ يُصَلِّي [بجماعةٍ][٢]، ويَنْتابُه النَّاسُ من الأماكنِ البعيدةِ[٣]، هذا في غيرِ الجُمُعةِ، وأمّا صلاةُ الجمعةِ إذا وُجِدَتْ هذه الشَّرائطُ؛ فلا يُسْتَحَبُّ الإبرادُ بها على أحدِ الوجهَيْن.

[**والفرقُ**: هو][٤] أنَّ العادةَ قد جَرَتْ بتَبْكِيرِ النَّاسِ إلى المساجِدِ يومَ الجُمُعةِ، فلو قُلْنا: يُبَرِّدُ بها لَلَحِقَهم في ذلك مَشَقَّةٌ، وربما نامُوا فيُؤَدِّي إلى فواتِها على بعضِهم، وليس كذلك في غيرِها من الصلواتِ[٥]، فدلَّ على الفَرْق بينهما، واللهُ أعلمُ.

***

(٥٧٢): مَسألة

[في نجاسةِ بولِ ما يؤكَلُ لحمُه]

يُقالُ: لِمَ قُلْتَ: إنَّ بَوْلَ ما يُؤْكَلُ لَحْمُه نَجِسٌ، وقد وَرَدَ الشَّرْعُ بإباحةِ[٦] شُرْبِه[٧]، وما الفَرْقُ بينه وبين اللَّبَنِ؟

---

(١) لقول ﷺ: قال: «إذا اشتدّ الحرّ، فأبردوا عن الصلاة، فإن شدّة الحرّ من فيح جهنّم»، متفق عليه، أخرجه البخاري: في كتاب مواقيت الصلاة، باب الإبراد بالظهر في شدة الحر، برقم (٥٣٣)، ومسلم: في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب استحباب الإبراد بالظهر في شدة الحر لمن يمضي إلى جماعة، ويناله الحر في طريقه، برقم (٦١٥).

(٢) ساقط من (خ).

(٣) تأخيرها أفضل بأربعة شروط: أولا: أن تكون الصلاة تصلى جماعة في مسجد الجماعات. ثانيا: أن يكون ذلك في شدة الحر. ثالثا: أن يكون في البلاد الحارة. رابعا: أن ينتاب الناس الصلاة من البعد. فإن كان الحرّ يسيرا، والبلد باردا، أو كان يصليها منفردا، أو في جماعة حاضرة لا يأتيها الأباعد؛ كان تعجيلها أفضل. انظر: «الحاوي الكبير»: ٢/ ٦٤، ٦٥، وبيان العمراني: ٢/ ٣٩.

(٤) في (ب): (وهو).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ٢/ ٦٤، ٦٥، و«المهذب» ١/ ١٠٤.

(٦) في (خ): (بإباحته).

(٧) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١١١.

قُلْنا: الفرقُ بينهما: أنَّ اللَّبنَ إباحةُ شُرْبِه من اللهِ تعالى لنا على سبيل الامْتِنانِ، أَلَا تَراهُ قال: ﴿نُّسْقِيكُم مِّمَّا فِي بُطُونِهِۦ مِنۢ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَّبَنًا خَالِصًا سَآئِغًا لِّلشَّـٰرِبِينَ﴾ [النحل: ٦٦]، وهذا غايةُ ما يكونُ من الامْتِنانِ؛ فلِهَذا كان ظاهِرًا إِذِ المنّةُ لا تكون بالنَّجسِ[١].

[خ ١٤٧/ب]

وليس كذلك في البَوْلِ، [لأنَّه][٢] لم تَرِدْ إباحتُه على سبيلِ الامْتِنانِ، وإنَّما[٣] وَرَدَتْ على سبيلِ الضَّرُورةِ، ولا يَمْتنعُ[٤] [أن يُباحَ][٥] الشيءُ للضَّرورةِ، فلا يَدُلُّ على طهارتِه كالمَيْتَةِ عند الاضطرارِ قد أُبيحَتْ للضَّرورةِ، ولا يَدُلُّ ذلك على طهارتِها، كذلك[٦] هاهُنا مِثله.

***

(٥٧٣): مَسْأَلَة

[فيمن اشترى أمةً فبانت ذاتُ رحم، أو معتدةٌ]

إذا اشتَرَى أَمَةً، فبانت أنَّها ذاتُ رَحِمٍ محرمٍ، [فليس ذلك][٧] بعَيْبٍ، ولا يكونُ له الرّدُّ، **فإن قيل**: [أليس][٢] لو اشتَرَى أَمةً، وبانَ أنَّها مُعْتَدَّةٌ أليسَ [كان][٨] له الخِيارُ؟

[ب ٨٦/أ]

قُلْنا: بلى[٩]، **والفرقُ بينهما**: هو أنّها إذا بانَت ذات رَحِمٍ مُحَرَّمٍ؛ لم يَكُن عليه في ذلك ضَرَرٌ؛ لأنَّه يُمْكِنُه تَزْويجُها، فينتفعُ بمَهْرِها، وليس كذلك في المُعْتَدَّةِ، [لأنَّه][١٠] لا يُمْكِنُه الانتفاعُ بها[١١]، فبانَ الفرقُ بينهما.

***

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٢/ ٢٥٠.
(٢) ساقط من (خ).
(٣) في (ب): (وربما).
(٤) في (خ): (يمنع).
(٥) في (ب): (أن يكون يباح).
(٦) في (ب): (و).
(٧) في (ب): (ذلك ليس).
(٨) ساقط من (ب).
(٩) انظر: «نهاية المطلب» ٥/ ٥٠٦.
(١٠) ساقط من (خ).
(١١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ٢٨٣.

[في اختلافِ المتبايعين في قِدَمِ العيبِ]

(٥٧٤): مَسْأَلة

إذا اشتَرَى عبدًا وتَسَلَّمه، فوَجَد به عيبًا، واختَلَف هو والبائعُ، فقال: سَلَّمْتَه إليَّ، وبه هذا العيبُ، وأنكرَ البائعُ؛ كانَ القولُ قَوْلَ البائعِ[١].

ومِثْله[٢]: لو أسلمَ [إلى رجلٍ][٣] في شيءٍ مَوْصوفٍ، فجاءَه به على تلك الصِّفةِ ووَجَدَ به عيبًا، واختلف هو والمُسْلَم إليه، فقال: سَلَّمْتُه إليّ وبه هذا العيب، فأنكَرَ المُسْلَمَ إليه؛ كانَ القولُ [هاهُنا][٤] قولَ ربِّ السَّلَمِ[٥]، ويَرْجِعُ على المسلَم إليه ليَسْلَم[٦] من العيبِ[٧].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ المبيعَ[٨] في السَّلَمِ[٩] يتعلَّقُ بالذِّمّة، فالأَصْلُ[١٠] بقاؤُه حتى تُعْلَم البراءةُ، فلِهَذا كان القولُ قَوْلَ ربِّ السَّلَمِ[٩]، وفي المسألةِ قبلها المَبيعُ[١١] يتعَلَّقُ[١٢] بعَيْنٍ لا في الذِّمةِ، والأصلُ أنَّه سَلَّمَه، ولا عَيْبَ به؛ فلِهَذا افْتَرقا[١٣].

***

---

(١) انظر: «الأم»: ٤/ ٢٨٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٨١، و«الحاوي الكبير»: ٥/ ٢٥٨.

(٢) في (خ): (وبمثله). (٣) في (ب): (لرجل). (٤) ساقط من (ب).

(٥) في (خ): (المسلم)، ورب السّلم والمسلم بمعنى، البائع يسمّى المسلم إليه، والمبيع يسمّى المسلّم فيه.

(٦) في (خ): (سليم).

(٧) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٥/ ٣٧٣، ٣٧٤.

وجعل في «التنبيه» (١/ ٩٩) القول قول المسلم إليه، ذكر الرافعي في «العزيز» الوجهين، ثم قال: أصحهما: أن القول قول المسلم؛ لأنّ اشتغال ذمته بمال السلم)، وتبعه النووي في «الروضة».

(٨) في (خ): (المنع)، تصحيف. (٩) في (ب): (المسلم). (١٠) في (ب): (لأجل).

(١١) في (ب): (البيع). (١٢) في (خ): (تعلق).

(١٣) انظر: العزيز شرح الوجيز: ٩/ ١٦٦، ١٦٧، «روضة الطالبين» ٣/ ٥٨٠.

(٥٧٥): **مَسْأَلَة**

[في إقرارِه بشيءٍ لأحدِ رجلين ادعيا عليه بغصبِه]

إذا ادَّعَى عليه رجلانِ أنَّه غَصَبهما هذا الشيءَ، فأقرَّ به لأحدِهما؛ لم يَجُزْ أن [يكونَ شاهِدًا](١) للمُقِرِّ له، ولو كان [مِثْل هذا](٢) في الوديعةِ، فأقرَّ لأحدِهما بالوديعةِ؛ جازَ أن يكونَ شاهِدًا(٣).

[خ ١٤٨/أ]

والفرقُ [بينهما](٢): هو أنَّه بالغَصْبِ قد صارَ فاسِقًا؛ فلِهَذا لم تُقْبَلْ شهادتُه، وليس كذلك الوديعةُ(٤)، فإنَّه لا يَصِيرُ بإقرارِه فاسِقًا؛ فلِهَذا قُبِلَتْ شهادتُه، فبان الفرقُ بينهما.

[(٥)وحَلَفَ للآخرِ(٦) على البَتِّ والقَطْعِ(٧)، ولو كان مثل هذا في الوديعة، فأقرَّ لأحدِهما بالوديعةِ؛ حَلَفَ للآخرِ(٨) على العلمِ، لا على البَتِّ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الغَصْبَ مَضْمونٌ عليه؛ فلِهَذا غُلِّظَ عليه بأن يَحْلِفَ على القَطْعِ والبَتِّ، وليس كذلك الوديعةُ، فإنَّها غيرُ مضمونةٍ عليه؛ فلهذا حَلَفَ على العلْمِ، وبان الفرقُ بينهما(٩)].

(٥٧٦): **مَسْأَلَة**

[فيمن يَحْجبُ، إن كان كافرًا أو مملوكًا]

إذا مات رجلٌ وخلَّف أبوَيْن وإخوةً لأبٍ وأمٍّ، أو لأبٍ؛ كان للأمِّ السُّدُسُ، والباقي للأبِ، ولا تَرِثُ الإخوةُ هاهُنا شيئًا.

---

(١) في (ب): (يشاهد). (٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٥٠٠.

(٤) في (ب): (في الوديعة). (٥) بداية سقط من (خ).

(٦) في (ب): (الآخر)، والمثبت موافق لما في «البيان» للعمراني، أي: المدعي الثاني الذي لم يقر له.

(٧) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٥٠٢.

(٨) في (ب): (الآخر)، لعل ما أثبتناه هو الصواب. (٩) نهاية السقط من (خ).

فإن قيل: أليسَ لو كان في الورثةِ كافرٌ أو مملوكٌ؛ [مِثْل أن يموتَ ويُخَلِّفَ أبوَيْن وابنًا كافرًا أو[1] مَمْلوكًا][2] كان للأمِّ الثلثُ، والباقي للأبِ، فهلَّا كان هاهُنا بمِثْله[3]؟

قيل: الفرقُ بينهما: أنَّ الكُفْرَ والرِّقَّ نَقْصٌ يَمْنعُ من الإرثِ بكلِّ حالٍ، وليس كذلك في المَسْألةِ قبلها، فإنَّ الإخوةَ يَرِثُون، وإنَّما لم يَرِثُوا في هذا المَوْضعِ لا لمَعْنَى[4] يَرْجِعُ إليهم، وإنَّما هو لأَجْلِ الغَيْرِ؛ وهو الأبُ، **ألا ترى** أنَّه لو كانَ غيرَ الأبِ هاهُنا وَرِثَت[5] الإِخوةُ بخلافِ الكُفْرِ والرِّقِّ، وعَقْدُ البابِ في ذلك أن يَقُولَ: من لا يَرِثُ بحالٍ لا[6] يَحْجِبُ، [والإخوةُ قد يَرِثُون][7] بحالٍ؛ فلِهَذا افْتَرقا.

***

(٥٧٧): مَسْألة

[في ادّعاءِ المرأةِ عدمَ استئذانِها في النكاحِ]

إذا تزوَّج امرأةً[8]، وادَّعى أنَّه تزوَّجها من وَلِيِّها بإذنِها، وأَنْكَرَتْ ذلك، نَظَرْتُ فيه: فإن كانَتْ ثَيِّبًا؛ فالقولُ قولُها، وإن كانَتْ بِكْرًا؛ لم يُقْبَلْ قولُها.

[ب ٨٦/ ب]

والفرقُ [بينهما][9]: هو أنَّ الثيِّبَ تُزَوَّجُ بإذنِها ورضاها واختيارِها؛ فلِذَلك كان القولُ قَوْلَها إذا ادَّعَتِ الإنكارَ، والبِكْرُ يُزَوِّجُها أبوها بغيرِ إذنِها ولا رضاها؛ فلِهَذا [إذا][10] ادَّعَتْ بخلافِ ذلك؛ لم يُقبَلْ.

---

(١) في (ب): (و)، ولعل صوابه ما أثبتناه، وهو موافق لما في «التهذيب».
(٢) في (خ): (له).
(٣) في (ب): (مثله)، انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٥/ ٢١.
(٤) في (خ): (بمعنى).
(٥) في (ب): (ورث).
(٦) في (خ): (فلا).
(٧) في (ب): (الإخوة فلا يرثون).
(٨) في (ب): (أمة).
(٩) ساقط من (ب).
(١٠) ساقط من (خ).

[ومِثْل ذلك][1]: لو باعَ رجلٌ من رجلٍ عبدًا، ثم ادَّعى أنِّي كنتُ أَعتقتُه؛ لم يُقْبَل قولُه، ولو باعَ الحاكِمُ عبدًا وَجَدَه في الضَّوالِّ ثم جاءَ صاحبُه، وادَّعى أنَّه [كان][2] أعتقَه؛ قُبِل قولُه[3].

وكان الفرقُ بينهما: أنَّ هاهُنا لم يَتَولَّ [هو][2] البيعَ وإنَّما بِيعَ عليه، وفي المسألةِ قبلها باشَرَ هو العَقْدَ بنفسِه؛ فلِهَذا افْتَرقا. [خ ١٤٨/ ب]

***

(٥٧٨): مَسْألة

[في ادعائِه الخلعَ على مالٍ، وله به شاهدٌ، أو في ادعائِها ذلك مع شاهدٍ]

إذا ادَّعى الزَّوْجُ أنَّه خالَعَ زوجتَه على ألفٍ، وأقامَ على ذلك شاهِدًا واحدًا، وأَنْكرَتِ المرأةُ؛ حَلَفَ مع شاهدِه وحُكِمَ له، ولو كانَ المُدَّعي المرأةَ[4] وأَنْكرَ الزَّوْجُ، وأقامَتْ شاهِدًا واحِدًا؛ لم يَكُنْ لها أن تَحْلِفَ معه، ولم يُحْكَمْ لها به[5].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ في جانِبِ الزَّوْجِ حَكَمْنا بإيقاعِ الطَّلاقِ بإقرارِه، وقُلْنا: الشَّاهدُ واليمينُ في العِوَضِ، وفي جانبِها لا يُقْبل ذلك؛ لأنَّها تَدَّعِي الطَّلاقَ، والطَّلاقُ لا يَثْبُتُ بشاهدٍ ويمينٍ؛ فلِهَذا افْتَرقا.

***

(٥٧٩): مَسْألة

[فيمَن أعتقَ أمتَه بشرطِ أن تتزوجَه، وفي المرأةِ تشترط ذلك على عبدِها]

وإذا أعتقَ أمتَه بشَرْطِ أن يَتزوَّجها[6]؛ نَفَذَ العِتْقُ، وكان [عليها قيمتُها][7] للسيِّد إن لم تَتزوَّجْ به؛ لأنَّ مَخْرَجَ[8] العِتْقِ كان بعِوَضٍ[9].

---

(١) في (خ): (وبمثله).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «الأم»: ٥/ ١٤٢، ١٤٣.

(٤) في (ب): (هي المرأة).

(٥) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٥٩.

(٦) في (خ): (يزوجها).

(٧) في (ب): (عليهما قيمتهما).

(٨) في (ب): (يخرج).

(٩) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٦٤.

وبِهَـذا فـارَقَ إذا أَعْتقَـتِ المـرأةُ عبدَهـا علـى أن يَتَـزوَّجَ[(١)] بهـا حيـث قُلْنـا: إنَّ العِتْـقَ يَنْفُـذُ، ولا يَلْزمُـه شـيءٌ؛ [لأنَّهـا زادتْـه][(٢)] خَيْـرًا؛ [فلِهَـذا][(٣)] لـم يَسْـتَحِقَّ عليـه شـيئًا، إذا لـم يَتَـزوَّجْ بهـا[(٤)].

***

(٥٨٠): مَسْألة

[فيمَن لها أخٌ شقيقٌ، وأخٌ لأبٍ، أيهما أولى بتزويجِها]

إذا كان للمـرأةِ أَخَـوانِ؛ أحدُهمـا مـن أبٍ وأمٍّ، والآخـرُ مـن أبٍ فمِـنْ أَوْلَاهمـا بتَزْوِيجِهـا، فيـه قـولان:

أحدهما: أنَّ الأخَ للأبِ والأمِّ أولى.

والثاني: أنَّهما سواءٌ؛ لأنَّ قَرابةَ الأُمِّ لا حظَّ لها في الوِلايةِ، **ألا ترَى** أنَّ الأخَ للأمِّ لا حقَّ له في التَّزْوِيجِ[(٥)] فلِهَذا لم يُرَجَّحْ بها[(٦)].

وبِهَـذا[(٧)] **فـارَقَ** المِيراثَ حيثُ قُلْنـا: إنَّ مَن جَمَعَ الفراشَيْن[(٨)] أَوْلَى بـه؛ لأنَّ الأُمَّ لها حقٌّ في الميراثِ؛ فلِهَذا رجَّحَ [بها][(٩)].

ولـو كانَ للمـرأةِ أَخـا[(١٠)] مَوْلاهـا[(١١)] لأبيه وأمِّه، وأَخاهُ[(١٢)] لأبيـه؛ كان الـذي لـلأبِ والأمِّ أَوْلَى بتَزْوِيجها قـولًا واحِـدًا؛ لأنَّ النِّسـاءَ لهـم حَقٌّ في الـوَلاءِ، وهـي [إذا][(٩)] أَعْتَقَـت المـرأةُ عبـدًا أو أعتقَـتْ مَـنْ أَعْتَـقَ؛ فإنَّـه [خ ١٤٩/أ]

---

(١) في (خ): (يزوج).
(٢) في (ب): (لأنه أراد به).
(٣) ساقط من (خ).
(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٨٨.
(٥) في (خ): (التزوج).
(٦) انظر: «نهاية المطلب» ١٢/ ٨٠، «روضة الطالبين» ٧/ ٥٩.
(٧) في (ب): (ولهذا).
(٨) في (خ): (الفراش).
(٩) ساقط من (ب).
(١٠) كذا في النسختين بالنصب، أو على لغة القصر.
(١١) أي: أخ لمعتقها.
(١٢) كذا في النسختين بالنصب، أو على لغة القصر.

يَكونُ لها الوَلاءُ؛ فلمَّا جازَ أن تكونَ من أهلِ الوَلاءِ؛ لِهَذا[1] جازَ أن يُرَجَّحَ بها في التَّزْويج[2] بخلافِ [قَرابةِ][3] النَّسَبِ.

***

[في تجدُدِ حقِّ امرأةِ العنينِ، وامرأةِ المولي]

(٥٨١): [مَسْألة][3]

إذا وَجَدَتِ المرأةُ [الزَّوْجَ عِنِّينًا][4] ورَضِيَتْ بذلك؛ سَقَطَ حقُّها من المُطالَبة، ولم يَكُن لها الرُّجوعُ في ذلك[5].

ويُفارِقُ امرأةَ المُولي حيث قُلْنا: إنَّها إذا [عَفَتْ عن][6] حقِّها وتركَتِ المُطالبةَ، ثم رجَعَتْ كان لها الرجوع[7]: هو أنَّ المَعْنى في الإيلاءِ ما يَتَعلَّقُ به من الضَّررِ على المرأةِ، وذلك يَتَجدَّدُ؛ فلِهَذا كان لها الرجوعُ متَى شاءَتْ[8].

[ب ٨٧/ أ]

كما لو رَضِيَتْ بكونِه مُعْسِرًا بالنفقةِ؛ كان لها أن تَرْجِعَ؛ لأنَّه يَتَجدَّدُ [وقتًا بعد وقت، وليس كذلك في الجَبِّ[9] والعُنَّةِ؛ لأنَّه عيبٌ، فإذا رَضِيت به سَقَطَ حقُّها من الرجوعِ[10]؛ لأنَّه [لا][11] يَتَجدَّدُ][12]؛ فبان الفرقُ بينهما.

---

(١) في (ب): (فلهذا). (٢) في (خ): (التزوج). (٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ب): (بالرجل عيبا). والعنّين: هو الذى لا يشتهي النساء، يقال: رجل عنّين، وامرأة عنّينة: لا تشتهي الرجال. «النظم المستعذب» ٢/ ١٤٢.

(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ١١٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٩.

(٦) في (خ): (أعتقت من)، تصحيف. (٧) في (خ): (ذلك).

(٨) انظر: «نهاية المطلب» ١٥/ ٤٧٤.

(٩) الجبّ: القطع، جبّ خصاه جبّا: استأصله، والمجبوب: الخصيّ الذي قد استؤصل ذكره وخصياه. «لسان العرب»: ١/ ٢٤٩.

(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٣٧١.

(١١) زيادة يقتضيها السياق، فالعنة والجبّ لا يتجدّد، كما سيأتي من كلام ابن جماعة، أما الإيلاء والنفقة يتجدّد.

(١٢) من قوله: وقتًا بعد وقت. إلى هنا. ساقط من (خ).

وأيضًا فرقٌ آخرُ: وهو أنَّه لمَّا جازَ أن يتكرَّرَ الإيلاءُ في نكاحٍ واحدٍ[١]؛ لِهَذا[٢] لم تَسْقُطِ المطالبةُ فيه بعَفْوِ[٣] المرأةِ، وليس كذلكَ الجَبُّ والعُنّةُ فإنَّه لا يَتَجَدَّدُ، فدلَّ على الفرقِ بينهما.

***

(٥٨٢): مَسألة

[في الخُنثى المُشْكِلِ]

الخُنْثَى المُشْكِلُ يُعْتَبَرُ حالُه، فإن قال: أنا رَجُلٌ فزَوِّجُوني، وأُرِيدُ النساءَ، [فإنَّما يُقْبَلُ][٤] ذلك منه، وكذلك لو قالَ: أنا امرأةٌ، وأريد الرجالَ، فمتى حَكَمْنا بشيءٍ من ذلك [ثُمَّ][٥] رَجَعَ؛ لم يُقبَلْ رجوعُه[٦]، ولو خُيِّر الغلامُ بين أبوَيْه؛ فاختار[٧] أحدَهما، ثم رَجَعَ واختارَ الآخرَ؛ كان له[٨].

والفرقُ [بينهما][٩]: هو أنه ليس في رجوعِ الصَّبيِّ نَقْضٌ لشيءٍ قد حُكِمَ به؛ ولا[١٠] تَغْييرٌ له، وليس كذلك في بابِ الخُنْثَى؛ لأنَّ في رجوعِه عن ذلك نَقْضًا لِمَا حَكَمْنا به وتغييرًا له؛ فلِهَذا لم يُقبَل منه.

***

(٥٨٣): مَسألة

[قوله: أنتِ طالقٌ مع موتي أو موتِك]

إذا قال لها: أنتِ طالِقٌ مع موتِي أو مع موتِك [أو مع][٥] انقضاءِ عدَّتِك؛ لم تُطَلَّقْ، ولا حُكْمَ لذلك.

---

(١) في (ب): (آخر).

(٢) في (ب): (بهذا).

(٣) في (ب): (لعفو).

(٤) في (خ): (فإنا نقبل).

(٥) ساقط من (خ).

(٦) انظر: «الأم»: ٦/ ١١٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٨٠.

(٧) في (خ): (فله خيار).

(٨) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٠.

(٩) ساقط من (ب).

(١٠) في (خ): (فلا).

ويُفارِقُ: إذا قال لعبدِه أو أَمتِه: أنتَ حرٌّ مع موتِي؛ لأنَّ المِلْك يُسْتَدامُ بعد الموتِ، **ألا تَرى** [أنَّه][1] لو قال [له][2]: إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، وصَحَّ ذلك[3]، وليس كذلك في مسألةِ الطَّلاقِ؛ لأنَّه لا يُتَصَوَّرُ وُقوعُ الطلاقِ بعد انقضاءِ العِدَّة إذْ لا عِدَّةَ هناك، ولا بَعْدَ المَوْتِ؛ لأنَّ النِّكاحَ تَنْقضِي مُدَّتُه بالموتِ؛ فلِهَذا لم يُتَصَوَّرْ وقوعُه بعد الموتِ؛ فافْتَرقا. [خ ١٤٩/ ب]

***

(٥٨٤): مَسْأَلة

[في قوله لغيرِ المدخولِ بها: إن كلمتكِ فأنتِ طالقٌ]

إذا قالَ لغيرِ المَدْخولِ بها: إن كُلْمتُكِ فأنْتِ طالِقٌ، ثم قالَ لها مَرّةً أُخْرى: إن كلمْتُكِ فأنت طالِقُ؛ وقعَتْ [عليها][1] طَلْقةٌ واحدةٌ، وبانَتْ [بها][4]؛ لأنَّه قد وُجِدَ شَرْطُ الأُوْلَى، فإن عادَ وتزَوَّجَها، فقال لها: إن كلمتُكِ؛ فأنْتِ طالِقٌ؛ فهو عَقْدُ شَرْطٍ، ولا يَقَعُ عليها [بِهَذا][1] شيءٌ حتى يقولَ لها ذلك مَرّةً أُخْرَى.

ولو قال [لها][1] وهي مَدْخُولٌ بها: إن حَلَفْتُ بطلاقِك فأنت طالِقٌ، ثمَّ قال لها مَرَّة أُخرى: إن حَلَفْتُ بطلاقِكِ فأنْتْ طالِقٌ، فقد وُجِدَ شَرْطُ اليمينِ [الأُولى][2]، فيَقَعُ بها طَلْقةٌ، وتَنْعَقِدُ له يمينٌ ثانيةٌ، فإذا عادَ وتزوَّجَها[5]، ثم قال لها: إن حَلَفْتُ بطلاقِكِ فأنت طالِقٌ؛ وَقَع عليها بذلك طَلْقةٌ؛ لأنَّه قد وُجِدَ [به][1] شَرْطُ اليمينِ الثَّانيةِ، وانْعَقَدَت له يَمينٌ أُخْرَى؛ فلِهَذا افْترقا[6].

***

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) ساقط من (خ).

(٣) انظر: «بحر المذهب» ١٠/ ١٤٠.

(٤) ساقط من (ب)، انظر: «المهذب» ٣/ ٣٦.

(٥) في (ب): (تزوجها).

(٦) في (خ): (افرقا).

(٥٨٥): مسألة

[في إلزامِ الابنِ بنفقةِ الأبِ المُعسرِ وامرأتِه]

إذا كان الابنُ مُوسِرًا، والأَبُ مُعْسِرًا [زَمِنًا][١]، وله امرأةٌ؛ كان على الابنِ أن يُنْفِقَ على الأبِ، وعلى امرأتِه[٢]، ولو كانَ الأبُ مُوسِرًا، والابنُ مُعْسِرًا زَمِنًا، وله امرأةٌ؛ كان على الأبِ أن يُنْفِقَ على الابنِ، ولا يَلْزمُه الإنفاقُ على امرأةِ ابنِه . [ب ٨٧/ ب]

والفرقُ: هو أنَّ الابنَ يَجِبُ عليه إِعْفافُ أبيه، **ألا ترى** أنَّه يَجِبُ عليه تَزْويجُه إذا احتاجَ إلى ذلك، فلِهَذا لَزِمَه الإنفاقُ على امرأتِه، والأبُ لا يَلْزَمُه إِعْفافُ ابنِه؛ فلِهَذا لم يَلْزَمْه[٣] الإنفاقُ على امرأتِه، فبان الفرقُ بينهما. [خ ١٥٠/ أ]

***

(٥٨٦): مسألة

[فيما إذا شَهِدَ رجلٌ وامرأتان على رجلٍ بالسرقةِ، أو بالقتلِ]

ولو شَهِدَ رجلٌ وامرأتانِ على رجلٍ بالسَّرقةِ؛ ثَبَتَ الغُرْمُ دون القَطْعِ[٤]، ولو شَهِدَ رجلٌ وامرأتانِ على رجلٍ بالقَتْلِ؛ فلا قَوَدَ، [ولا دِيةَ][٥].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ مُوجِبَ القَتْلِ هو القِصاصُ والدِيَةُ بَدَلٌ عنه، [وإذا لم يَثْبُتِ المُبْدَلُ][٦] وهو الأصلُ بشهادةِ الرجلِ والمرأتَيْنِ؛ لهذا[٧] لم يَثْبُتِ البَدَلُ بهذه الشَّهادةِ، وليس كذلك السَّرِقة، فإنَّ إيجابَ الغُرْمِ فيها ليسَ هو بَدَلٌ عن القَطْعِ لكنَّهما[٨] أصلَيْن كلُّ واحدٍ منهما يَجِبُ بنفسِه.

---

(١) ساقط من (ب).

زمن الشخص زمنا وزمانة، فهو زمن: وهو مرض يدوم زمانا طويلا، والقوم زمنى مثل: مرضى. «المصباح المنير»: ١/ ٢٥٦.

(٢) انظر: «المهذب» ٣/ ١٦١.

(٣) في (خ): (يجب عليه).

(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٧١.

(٥) ساقط من (ب)، انظر: «المهذب» ٣/ ٤٥٢.

(٦) في (ب): (فإذا ثبت البدل).

(٧) في (ب): (بهذا).

(٨) في (ب): (لكنها).

وقد قال أصحابُنا: إنَّ القَطْعَ يَجِبُ بالإخراجِ من الحِرْزِ، والغُرْمَ [يَجِبُ بالأخذِ](١) والتَّناوُلِ؛ فلِهَذا افْتَرقا.

وأيضًا: فإنَّ السَّرقةَ يَتعلَّقُ بها حَقَّان لمُسْتَحِقَّيْن: أحدُهما: القطعُ، وهو حقٌّ للهِ تعالى، والغُرْمُ وهو حقٌّ للآدَمِي؛ فلِهَذا جازَ أن يَثبُتَ الغُرْمُ بالشاهِدِ والمرأتَيْن دون القَطْعِ بخِلافِ القَتلِ؛ لأنَّ المُستَحِقَّ فيه واحدٌ؛ فلِهَذا افْتَرقا(٢).

***

(٥٨٧): مَسْأَلة

[في التحامِ الجائفةِ والْتِآمِها]

إذا [أَجافَه جائِفَةً](٣)؛ فعليه أَرْشُها وهو ثُلُثُ الدِّيةِ، ولو التَحَمَتْ والْتَأَمَتْ وبَرِئَتْ وزالَ الأَلَمُ؛ [لم](٤) يَسْقُطُ عنه الأَرْشُ(٥).

ولو وَطِئَها فأَفْضَاهَا(٦)؛ فوَجَبَتْ عليه دِيَةُ الإفْضاءِ(٧)، ثم زالَ الأَلَمُ والْتَحَمَ الجُرْحُ والْتَأَمَ المَوْضِعُ؛ سَقَطَ عنه الأَرْشُ(٨).

---

(١) في (ب): (بالأكل).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٣٣٩، ٣٤٠.

(٣) في (ب): (أخافه بجائفة).

(٤) ساقط من (خ)، والمثبت موافق لما في «المهذب»، و«نهاية المطلب».

(٥) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٣٢، و«نهاية المطلب» ١٦/ ٣٣٤، و«روضة الطالبين» ٩/ ٢٠٠.

(٦) في (ب): (فأصابها).

(٧) في (ب): (الافتضاض).

معنى الإفضاء هنا: أن يجامع الرجل الجارية الصغيرة التي لا تحتمل الجماع، فيصير مسلكاها مسلكا واحدا، وهو من الفضاء وهو البلد الواسع، يقال: جارية مفضاة.

وللإفضاء وجهين آخرين:

أحدهما: أن يلصق بشرته ببشرتها ولا يكون بين بشرتيهما حائل من ثوب ولا غيره وهذا يوجب الوضوء عند الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ.

والوجه الثاني من الإفضاء: أن يولج فرجه في فرجها حتى يتماسّا وهذا يوجب الغسل عليهما وهو قول الله عز وجل: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾. «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي»: ١/ ٢٩، وانظر: «تهذيب اللغة» للأزهري: ١٢/ ٥٤.

(٨) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٣٢.

قال أصحابُنا: **الفرقُ بينهما**: هو أنَّ الدِّيةَ في الجائِفةِ [تَجِبُ][١] بالاسمِ والاسمُ [لم يَزُلْ][٢] بالبُرْءِ، وليسَ كذلك الإفضاءُ[٣]، فإنَّما[٤] وَجَبَتْ لأجلِ الألَمِ بالمَعْنَى[٥] لا بالاسمِ، وقد زالَ ذلك، فلِهَذا سَقَطَ عنه الأَرْشُ.

وإذا[٦] كان [عنده][٧] ستةٌ وثلاثُون من الإبلِ مِراضًا؛ فعليه فيها بنتُ لَبونٍ من جنسِها، فإن لم يكنْ عنده[٨]، وكانت عنده بِنْتُ مَخاضٍ، فأرادَ[٩] النُّزولَ إليها ويُعْطِي الجُبْرانَ؛ كان له ذلك، وإن لم يَكُنْ عنده، وعنده حِقَّةٌ مريضةٌ، فأراد الصُّعودَ ويأخذُ[١٠] الجُبْرانَ؛ لم يَكُنْ له ذلك[١١]. [خ ١٥٠/أ]

والفرقُ [بينهما][٧]: هو أنَّه إذا نَزَلَ إلى بنتِ مَخاضٍ؛ كان فيه الحظُّ للمساكينِ؛ فلِهَذا كان له النُّزولُ، ولم يَكُنْ له الصُّعودُ؛ لأنَّ فيه ضَررًا عليهم من حيث أنَّه دَفَع حِقَّة مريضةً، ويأخذُ الشاتَيْن أو عشرين دِرْهمًا؛ فلِهَذا لم يَجُزْ[١٢].

ويُفارِقُ أيضًا ما لو كانَتْ [كلُّها][٧] صِحاحًا حيث قُلْنا: هو بالخيارِ إن شاءَ صَعَد وأَخذ الجُبْرانَ، وإن شاءَ نَزَلَ[١٣] وأَدَّى الجُبْرانَ[١٤]؛ لأنَّ

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (خ): (لا يزول).
(٣) في (ب): (الانتهاء)، تصحيف.
(٤) في (ب): (إذا).
(٥) في (خ): (والمعنى).
(٦) في (ب): (إذا).
(٧) ساقط من (خ).
(٨) في (ب): (عنده ستة وثلاثون)، صوابه ما في (خ)، والكلام عائد على بنت لبون.
(٩) في (خ): (فإن أدى).
(١٠) في (خ): (يأخذ).
(١١) انظر: «المهذب» ١/ ٢٧٢.
(١٢) انظر: «بحر المذهب» ٣/ ٢٣، و«الوسيط في المذهب»: ٢/ ٤١٤، قال الغزالي: (لأنه ربما يزيد قيمة الجبران على المريضة).
(١٣) في (ب): (ترك)، تصحيف.
(١٤) انظر: «المهذب» ١/ ٢٧٢.

هناك ليس فيه ضَرَرٌ على المساكينِ؛ ولأنَّ[١] الأصلَ في ذلك الشَّرعُ، والشَّرْعُ إنَّما جَعَل [الجُبْرانَ بين شيئَيْن][٢] صَحِيحَيْن لا [بين][٣] مريضَيْن؛ فلِهَذا افْتَرقا.

[ب ٨٨/ أ]

***

(٥٨٨): **مَسْألة**

[أعتق الذِّمي عبدًا له ولحِق المعتَقُ بدارِ الحربِ فظهَر المسلمون عليها]

إذا أعتقَ الذِّميُّ عبدًا له ولَحِقَ المُعْتَقُ بدارِ الحربِ، وظَهَرَ المسلمُون عليها؛ كان لهم إذا أُسِرَ[٤] العبدُ [أن][٥] يَسْتَرِقُّوه.

ويُفارِقُ المسلم إذا أعتقَ عبدَه الذِّميَّ، فلَحِقَ بدارِ الحَرْبِ، وسَبَاهُ المسلمُون حيث قُلْنا: لا يجوزُ اسْتِرقاقُه: هو أنَّ للمُسلِمِ حُرْمةً، وحقُّه ثابتٌ في الولاءِ؛ فلِهَذا لم يَجُزْ إبطالُه بخِلافِ الذِّميِّ.

وأيضًا: فإنَّ الذِّميَّ نفسَه لو لَحِقَ بدارِ الحربِ؛ جازَ اسْتِرْقاقُه إذا سُبِيَ، فعبدُه بذلك أولَى بخِلافِ المُسلِمِ لو ارتَدَّ ولَحِقَ بدارِ الحَرْبِ؛ لم يَجُزِ اسْتِرْقاقُه، فكذلك عبدُه؛ فلِهَذا افْتَرقا[٦]، واللهُ أعلمُ.

***

(١) في (ب): (لأن).
(٢) في (خ): (الخيار بين سببين).
(٣) ساقط من (خ).
(٤) في (خ): (سبوا).
(٥) ساقط من (ب).
(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٩٩، و«الحاوي الكبير»: ١٨/ ٨٧، وأثبتا في معتق الذّمي وجها بعدم استرقاقه؛ لأنه يلزمنا حفظ مال الذمي فلا يجوز إبطال إعتاقه، كذا نقل النووي في «الروضة»: (١٠/ ٢٥٤) الوجهين، وجعل جواز استرقاقه أصحهما.

من [الفرقِ حَسَنةٌ][1]

(٥٨٩): مَسْأَلَةٌ

[في الفرقة الواقعة باللعان]

وهو أن يُقالَ: أليسَ الفُرْقَةُ الواقِعةُ باللِّعان تَقعُ مُؤَبَّدةً؟ **قُلْنا**: بلى.

قالوا: فما تقولُون فيه إذا قَذَفَ زوجتَه، ثم طلَّقها، وطالبَتْه بعد الطَّلاقِ بالحَدِّ فلاعَنَ، فهل[2] تَحْرمُ عليه [على][3] التَّأبيدِ، أم لا؟

[خ ١٥١/أ]

قُلْنا: فيه وَجْهان:

أحدُهما: تَحْرمُ على التَّأْبيدِ، كما لو صادَفَ اللِّعانُ صُلْبَ[4] النكاحِ؛ لأنَّ كلَّ ما تَعَلَّقَ به التَّحريمُ إذا وُجِدَ في النكاحِ تَعَلَّقَ به إذا وُجِدَ بعد البَيْنُونةِ، كالرضاعِ.

والوَجْهُ الثاني: لا تَحْرُمُ على التَّأْبيدِ.

والفرقُ: هو أنَّ اللِّعانَ هاهُنا لم يُصادِفْ فِراشًا؛ إذِ الفراشُ قد زالَ بالبَيْنُونةِ بالطلاقِ، فلمَّا [لم يُصادِفِ][5] اللِّعانُ فِراشًا يُزيلُه، ولا صادَفَ[6] صُلْبَ النكاحِ؛ لِهَذا لم يَتعلَّقْ به[7] التَّحريمُ المؤبَّدُ، بخلافِ اللِّعانِ الموجودِ[8] في النِّكاحِ؛ فلِهَذا افْترقا، والوَجْهُ هو الأولُ[9]، ولا فَرْقَ بينهما، [واللهُ أعلمُ][10].

***

---

(١) في (ب): (الفروق).

(٢) في (خ): (هل).

(٣) ساقط من (خ).

(٤) في (ب): (مصاب)، انظر: «الجمع والفرق»: ٣/ ٣٢٥.

(٥) في (خ): (صادف).

(٦) في (خ): (يصادف).

(٧) في (ب): (بنا).

(٨) في (ب): (الموصوف).

(٩) انظر: «نهاية المطلب» ١٥/ ٦٠.

(١٠) ساقط من (ب).

(٥٩٠): مسألة

[في كفارةِ قتلِ المُحرِمِ صَيدًا]

إذا قتَلَ المُحْرِمُ صيدًا؛ فعليه الجزاءُ، وهو بالخِيارِ إن شاءَ أَخْرَجَ المِثْلَ، [أو قَوَّمه](١)، واشترى طعامًا وتَصَدَّق به، وإن شاءَ صامَ عن كلِّ مُدٍّ يومًا(٢)، فإنْ أرادَ أن يُهْدِيَ عن بعضٍ، ويُطْعِمَ عن بعضٍ، ويَصُومَ عن بَعْضٍ، فهل يجوزُ ذلك، أم لا؟ فيه وَجْهان:

أحدُهما: لا يجوزُ، كمن(٣) وَجَبَتْ عليه كفارةٌ، فأرادَ أن يَكْسُوَ عن بعضِها ويُطْعِمَ [عن بعضِها](٤)؛ لم يَكُنْ له ذلك، [وكذلك](٥) هاهُنا.

والوجهُ(٦) الثاني: يَجُوزُ(٧).

والفرقُ بينه وبين الكفارةِ: هو أنَّ هذا القَدْرَ قد يَجُوزُ أن يَجِبَ ابتداءً على المُحْرِمِ بأن يَجِبَ عليه صِيامُ يومٍ وصدقةُ مُدٍّ، وما أشبهَ ذلك؛ فلِهَذا جازَ التَّبْعِيضُ، وليس كذلك(٨) في الكفَّارةِ الواجبةِ(٩)؛ لأنَّ مِثْلَ هذا القَدْرِ لا يجوزُ أن يَجِبَ على مُكَفِّرٍ ابتداءً؛ فلِهَذا لم يَكُنْ له التَّبْعيضُ، فبانَ الفَرْقُ بينهما.

***

(٥٩١): مسألة

[في الوقفِ على أقاربِه الفقراءِ، هل يَدخُلُ الصبيُّ الفقيرُ له أَبٌ غنيٌّ]

إذا قالَ: وَقَفْتُ [هذا](١٠) على أقربائي [من](١) الفُقَراءِ، فوجدْنا

---

(١) في (خ): (وفوقه)، والمثبت موافق لما في «مختصر المزني».

(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٦٨.

(٣) في (ب): (لمن).

(٤) في (خ): (بعضا).

(٥) ساقط من (خ).

(٦) في (خ): (والفرق).

(٧) انظر: «نهاية المطلب» ٣/ ٤٢١.

(٨) في (ب): (هذا).

(٩) في (ب): (الواحدة).

(١٠) ساقط من (خ).

فيهم صبيًّا فقيرًا، وله أَبٌ غَنِيٌّ، أو امرأةً فقيرةً ولها زَوْجٌ مُوسِرٌ؛ فإنَّه يُدْفَعُ إليهم من الوَقْفِ(١).

[خ١٥١/ب] [ب٨٨/ب] ولو(٢) كان هذا في الزَّكاةِ وَوُجِدَ(٣) صبيٌّ فقيرٌ، وله أَبٌ مُوسِرٌ، فهل يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكاةِ إليه، أم لا؟ فيه وجهان، **أحدُهما: لا يجوزُ**(٤).

والفرقُ بينه وبين الوَقْفِ: هو أنَّ الزَّكاةَ وَجَبَتْ لفقيرٍ(٥) مُقَيَّدٍ، كما وَجَبَتْ على غَنِيٍّ مُقَيَّدٍ، **ألا ترَى** أنَّ من كانَ معه نِصابٌ، ودَخْلُه لا يَفِي بخَرْجِه(٦)؛ فإنَّه يَجِبُ عليه الزَّكاةُ، وليس كذلك الوَقْفُ؛ فإنَّه(٧) لم(٨) يَجِبْ بشَرْطِ التَّقْييد(٩)؛ فلِهَذا افترقا.

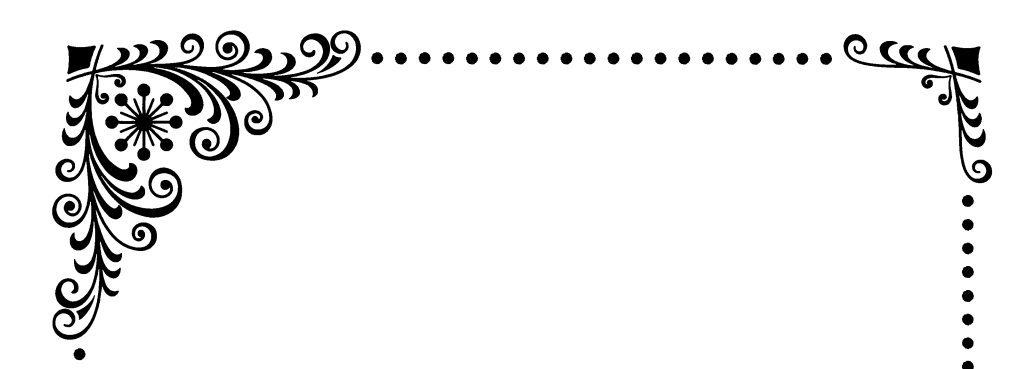
[وفي مسألةِ الزكاةِ **وَجْهٌ آخرُ**: أنَّه](١٠) يَجوز الدَّفْعُ إليه، كما جازَ في الوَقْفِ.

ويُفارِقُ المُكْتَسِبَ، فإنَّ المُكْتَسِبَ يَمْلِكُ ما يَكْتَسِبُه(١١) بخِلافِ مَسْألتِنا، واللهُ أعلمُ.



---

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٥٣٠.
(٢) في (ب): (فلو).
(٣) في (خ): (وجد).
(٤) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٣/ ٤٤٣.
(٥) في (خ): (لفقر).
(٦) في (خ): (مخرجه)، الخرج: ضد الدخل. «مختار الصحاح» ص: ٨٩.
(٧) في (خ): (لأنه).
(٨) في (خ): (لا).
(٩) في (ب): (القيد).
(١٠) في (ب): (مسألة).
(١١) في (ب): (يكسبه)، انظر: «المهذب» ١/ ٣٢٠.



كتابُ النكاحِ

[كتاب النكاح][1]

(٥٩٢): [مَسألة][2]

[اعْلَمْ: أنَّه][1] قد خُصَّ النبيُّ ﷺ في النكاحِ بأشياءَ دونَ أُمَّتِه، ونحن نذكرُها مسألةً مسألةً، ونُفرِّق بينه وبين أُمَّتِه فيها .

والمسألة الأولة

[زواجُه عليه الصلاةُ والسلامُ بأكثرَ من أربعٍ]

[هو][1] أنَّه ﷺ أُبيح له أن يتزوَّجَ من النِّساءِ بأيِّ عددٍ شاءَ، فأمّا[3] الحُرُّ من أُمَّتِه، فلا يجوزُ له أن يَتَزوَّج بأكثر من أربعٍ.

والفرقُ بينهما: هو [أنَّه لمّا][4] لم نُجِزْ[5] للواحدِ من أُمَّتِه أن يَزيدَ على الأَرْبعِ مَخافةَ أن لا يَعْدِلَ بينهن[6] و[أن][1] لا يُساوِي بينهن في حُقوقِهنّ، ألَا ترَى إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، وهذا المَعْنى مأمونٌ من جِهَةِ النبي ﷺ [فلِهَذا فُرّق][7] بينهما.

مَسألة ثانية

[في أنَّه عليه الصلاةُ والسلامُ له أن يعقِدَ النكاحَ في حالِ الإحرامِ]

أنَّ غَيْرَ النبيِّ ﷺ لا يجوزُ [له][1] أن يَعْقِدَ النكاحَ في حالِ الإحرام، ويجوزُ ذلك في حَقِّ النبيِّ ﷺ على أحدِ الوجهَيْن[8]: هو أنّا إنّما مَنَعْنا

---

(١) ساقط من (ب). (٢) ساقط من (خ). (٣) في (خ): (وأما).

(٤) في (ب): (إنما). (٥) في (خ): (يجز).

(٦) في (خ): (فهم). (٧) في (خ): (فبان الفرق).

(٨) قال النووي: (وأمّا) الجواب عن حديث ابن عباس في نكاح ميمونة فمن أوجه:

أحدها: أنّ الرّوايات اختلفت في نكاح ميمونة: فروى يزيد بن الأصمّ عن ميمونة وهو ابن أختها أنّ النّبيّ ﷺ تزوّجها وهو حلال، رواه مسلم.

وعن أبي رافع أنّ رسول الله ﷺ تزوّج ميمونة حلالًا وبنى بها حلالًا وكنت الرّسول بينهما. رواه التّرمذيّ وقال: حديث حسن. =

من النكاح في حالِ الإحرامِ مخافةَ أن تَدْعُوه نفسُه إلى وَطْئِها؛ فلِهَذا حَسَمْنا البابَ [فيه](١)، وليس كذلك النبيُّ ﷺ فإنَّه لا يُخْشَى [ذلك](٢) منه(٣)؛ لأنَّه أَمْلَكُ الناسِ لإِرْبِه(٤) عليه السلامُ.

[في تزوُّجِه عليه الصلاةُ والسلامُ بلا وليٍّ]

المسألة(٥) الثالثة

[أنَّه ﷺ](٢) [كان](١) له أن يتزوَّجَ بلا وَلِيٍّ دون غيرِه [من أُمَّتِه](٦)، **والفرقُ**: هو أنَّ الوليَّ إمَّا(٧) يرادُ لطَلَبِ الحَظِّ للمنكوحةِ(٨)؛ لِكَي لا تَضَعَ نفسَها في غيرِ كُفْءٍ(٩)، وهو ﷺ أَكْفَأُ الكُفَاةِ، وليس كذلك الواحدُ من أُمَّتِه؛ فلِهَذا فُرِّقَ بينهما.

= قال أصحابنا: وإذا تعارضت الرّوايات تعيّن الترجيح فرجحنا رواية الأكثرين أنه تزوجها حلالًا.

الوجه الثّاني: أنّ الرّوايات تعارضت فتعيّن الجمع وطريق الجمع تأويل حديث ابن عبّاس أنّ قوله (محرمًا) أي: في الحرم فتزوّجها في الحرم وهو حلال أو تزوّجها في الشّهر الحرام وهذا شائع في اللّغة والعرف ويتعيّن التّأويل للجمع بين الرّوايات.

الثّالث: التّرجيح من وجه آخر وهو أنّ رواية تزوّجها حلالًا من جهة ميمونة وهي صاحبة القصّة وأبي رافع وكان السفير بينهما فهما أعرف، فاعتماد روايتهما أولى.

الرّابع: أنّه لو ثبت أنّه تزوّجها ﷺ محرمًا لم يكن لهم فيه دليل؛ لأنّ الأصحّ عند أصحابنا أنّ للنّبيّ ﷺ أن يتزوّج في حال الإحرام وهو قول أبي الطّيّب بن سلمة وغيره من أصحابنا والمسألة مشهورة في الخصائص من أوّل كتاب النّكاح. انظر «المجموع شرح المهذب» ٧/ ٢٨٩.

(١) ساقط من (ب).
(٢) ساقط من (خ).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ١٤٠، ١٤١.

(٤) في (ب): (لأمر ربه). الإرب بالكسر: يستعمل في الحاجة، وفي العضو والجمع: آراب، مثل حمل وأحمال، وفي الحديث عن عائشة رضي الله عنها: «وكان أملككم لإربه»، روي بالكسر والفتح، والأرب بفتحتين: الحاجة. انظر: مشارق الأنوار: ١/ ٢٦، و«المصباح المنير»: ١/ ١١، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير: ١/ ٣٦.

(٥) في (ب): (مسألة).
(٦) من (ب).

(٧) في (خ): (إنما).
(٨) في (خ): (المنكوحة).

(٩) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ١٤٠.

[في أنَّه لا يَحتاجُ زواجُه إلى شُهودٍ]

المسألة(١) الرابعة

أنَّه كان له أن يَتزوَّجَ بغيرِ شهودٍ، **ويُفارِقُ** أُمّته في ذلك: وهو أنَّ الشّهودَ إنَّما يُرادُون [مخافةَ التَّناكُرِ](٢) والتَّجاحُدِ، واشْتُرِطُوا(٣) لإثباتِ الفِراشِ، وهذا قد أُمِنَ من جِهَةِ النبيِّ ﷺ، [وليس كذلك غيرُه من أُمّتِه](٤).

[في عدمِ تزوُّجِه عليه الصلاةُ والسلامُ بالإماءِ]

المسألة(٥) الخامسة

أنَّه لا يجوزُ له ﷺ أن يَتَزوَّجَ بأَمةٍ، ويجوزُ ذلك للواحدِ من أُمّتِه(٦).

والفرقُ: هو أن التَّزوَّجَ(٧) بالأَمَةِ إنَّما يَجوزُ عند خَوْفِ العَنَتِ، وهو الزِّنا وعند عَدَمِ الطَّوْلِ، والنبيُّ ﷺ مَعْصومٌ من العَنَتِ، وقد عُرِضَتْ عليه خزائنُ الأرضِ، فهو غيرُ عادمٍ للطَّوْل، وأُمّتُه خِلافُ(٨) ذلك(٩).

وأيضًا: فإنَّ وَلَدَ الحُرِّ من الأَمَةِ مملوكٌ تَبَعًا لأُمِّه، ووَلَدُ النبيِّ ﷺ لا يكون مملوكًا، فلِهَذا لم يَجُزْ له التزويجُ بالإماء، فأمّا وَطْؤُهُنَّ بمِلْكِ اليمين، فقد كان ذلك مُباحًا [له](١٠)، **ألا تَرَى** أنَّه قد كانت [له](١١) ماريةُ القَبْطِيّةِ وابنُه إبراهيمُ عليه السلامُ منها، فدلَّ(١٢) على ما ذكرْناه(١٣).

[ب ٨٩/ ب]

---

(١) في (ب): (مسألة).
(٢) في (خ): (للتناكر).
(٣) في (خ): (وأشرطوا).
(٤) ساقط من (ب)، انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ١٤٠.
(٥) في (ب): (مسألة).
(٦) في (ب): (أمته التزويج).
(٧) في (ب): (التزويج).
(٨) في (خ): (بخلاف).
(٩) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ١٤٢.
(١٠) ساقط من (خ).
(١١) ساقط من (ب).
(١٢) في (ب): (دل).
(١٣) زاد العمراني في «البيان»:

* نكاحه ﷺ بلفظ الهبة خاصّ به ﷺ لا يشاركه أحد من أمّته وفيه وجهان، أحدهما: لا يصح، قاله أبو حامد الإسفراييني، قال: لقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا﴾ [الأحزاب: ٥٠] الآية. فأجاز له العقد بالاستنكاح وهو لفظ التزويج، أو الإنكاح، فدلّ على أن ذلك يشترط في نكاحه. =

[في اشتراطِ الوليِّ في النكاحِ لا في غيرِه من العقودِ]

(٥٩٣): مَسْأَلَة

يُقال: لِمَ يُشْتَرَطُ[(١)] الوَلِيُّ في النّكاحِ، ولَمْ يُشْتَرَطْ في غيرِه من العُقُودِ كالبَيْعِ[(٢)] والإجارةِ؟

قيل : الفرقُ بينهما: هو أنَّ تلك العُقودَ لا حَقَّ للأولياءِ فيها؛ لأنَّها عقودُ مُعاوضةٍ يُقْصَدُ فيها[(٣)] المالُ، وللمرأةِ أن تَتَصَرّفَ في مالِها كيف شاءَتْ ولا يَعْتَرِضُ عليها الوليُّ، وليس كذلك النكاحُ، فإنَّ للأولياءِ فيه حقًّا، وهو طلبُ الكَفاءةِ؛ لأنَّ المرأةَ رُبَّما حَمَلَها[(٤)] فَرْطُ الشَّهْوةِ على أن تَضَعَ نَفْسَها في غيرِ كُفْءٍ، فيكون في ذلك عارٌ على الأولياءِ وغَضاضَةٌ، فاشْتُرِطَ الوَلِيُّ فيه نظرًا واحْتِياطًا.

فإن قيل: فلم يُقْبَل[(٥)] إقرارُ المرأةِ [بعقْدِ النِّكاحِ][(٦)]، ولم يَجُزْ عَقْدُها بنفسِها.

قيل: الفرقُ بينهما: هو أنَّ الإقرارَ إخْبارٌ، والمرأةُ كالرّجلِ في الإخبارِ؛ فلِهَذا قُبِل إقرارُها، وليس كذلك ابتداءُ [النكاحِ و][(٧)] العَقْدُ؛ فلِهَذا فُرّق بينهما.

***

= * تخييره لنسائه ﷺ أمرٌ منَ الله عز وجل له خاصّة، وليس على أحد غيره أن يخير نساءه، فلما خير رسول الله ﷺ نساءه، فاخترنه؛ حرّم الله عليه التزويج بغيرهن، والاستبدال بهن، مكافأة لهن على فعلهنّ، الدليل عليه: قوله تعالى: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجٖ﴾ [الأحزاب: ٥٢].

(١) في (خ) : (اشترط) .

(٢) في (خ) : (وكالبيع) .

(٣) في (ب) : (منها).

(٤) في (ب): (حملتها).

(٥) في (خ) : (قبل) .

(٦) في (خ) : (بالنكاح) .

(٧) ساقط من (خ) .

(٥٩٤): مسألة

[في تزوُّجِ المرأةِ بغيرِ وليٍّ]

إذا تَزوَّجَتْ بغيرِ وَلِيٍّ فُرِّق بينهما، ونُظِرَ[١]؛ فإن كان لم يَدْخُلْ بها فلا شيءَ عليها[٢]، وإن كان قد دَخَلَ بها، وهما عالمان بأنَّ[٣] ذلك [حَرامٌ][٤] لا يجوزُ؛ فُرِّق بينهما، وهل يَجِبُ عليهما الحَدُّ، أم لا؟

قال أبو بكر الصَّيْرَفِيُّ[٥] وغيرُه: [يَجِبُ][٤] عليهما الحَدُّ، قال: كما لو شَرِبَ النَّبِيذَ، فإنَّه يَجِبُ عليه الحَدُّ، وإن كان مُخْتلَفًا فيه، كذلك هاهُنا مِثْله.

وذَهَبَ[٦] غيرُه من أصحابِنا إلى أنَّه لا حَدّ فيه، وهو الصحيحُ[٧].

ويُفارِقُ شُرْبَ النَّبيذِ، لأنَّ هذا النكاح تَردَّدَ بين أصلَيْن:

أحدهما: لا يُوجِبُ الحَدَّ؛ وهو النكاحُ الصحيحُ.

والثاني: يُوجِبُ الحَدَّ؛ وهو الوَطْءُ في الزِّنا، فلمَّا[٨] تردَّدَ بين[٩] أصلَيْن ما يُوجِبُ وما يُسْقِطُ؛ صار ذلك شُبْهَةً[١٠] في سُقُوط الحَدِّ،

---

(١) في (خ): (وينظر).
(٢) في (ب): (عليهما).
(٣) في (خ): (أن).
(٤) ساقط من (خ).
(٥) هو: أبو بكر محمد بن عبد الله الصيرفي الإمام الجليل الأصولي أحد أصحاب الوجوه، تفقّه على ابن سريج، وسمع الحديث من أحمد بن منصور الرمادي.
قال الخطيب البغدادي: كان الصيرفي فهما، عالما، له تصانيف في أصول الفقه.
وله شرح على «الرسالة»، وكتاب في الإجماع، وكتاب في الشروط. توفّي سنة ٣٣٠هـ.
تنظر ترجمته في: تاريخ بغداد: ٣/ ٤٧٢، و«طبقات الفقهاء»، للشيرازي: ١/ ١١١، والأنساب، للسمعاني: ٨/ ٣٦١، وفيات الأعيان، لابن خلكان: ٤/ ١٩٩، وطبقات الشافعيين: ١/ ٢٦٤.
(٦) في (خ): (ذهب).
(٧) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٢٧، و«نهاية المطلب» ٧/ ٢٩٦، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ١٥٨.
(٨) في (ب): (فلهذا).
(٩) في (ب): (من).
(١٠) في (ب): (شبه).

وليس كذلك شُرْبُ النَّبيذِ، لأنَّه ليس له إلا أصلٌ واحدٌ يُوجِبُ الحَدّ وهو شُرْب الخَمْر، فلِهَذا أَلْحقْناهُ [به][1] في [إيجابِ][2] الحَدِّ، وهذا [فَرْقٌ][3] فِقْهِيٌّ حَسَنٌ[3].

وكذا[4] الحُكمُ في كلِّ وَطْءٍ مُخْتلَفٍ[5] في إباحتِه، كالوطءِ في نكاحِ الشِّغارِ[6]، والوَطْءِ في نكاح المُتْعةِ، هل يُوجِبُ الحَدَّ أم [لا][3]؟ على هذين الوجهَيْن[7]، والله أعلمُ.

***

[في إجبارِ البكرِ واستئذانِ الثيِّبِ]

(٥٩٥): مسألة

لا يجوزُ إجبارُ الثَّيِّبِ[8] الصغيرةِ على النكاحِ[9]، ويجوزُ إجبارُ البِكْرِ على النكاحِ[10].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الثَّيِّبَ[11] قد اخْتَبرت المقصودَ بالنِّكاح، وعَرَفَت الرجالَ ومارسَتْهم؛ فلِهَذا لم يَجُزْ إجبارُها، وليس كذلك البِكْرُ، فإنَّها لم تَخْتبِر المقصودَ بالنكاح؛ فلِهَذا أُجبِرَتْ عليه. [ب ٨٩/ أ]

فإن قيل: لِمَ زالَتْ[12] ولايةُ الأبِ عن الثَّيِّبِ الصغيرةِ في بُضْعِها، ولم تَزُلْ عن مالِها؟

---

(١) ساقط من (خ).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ١٥٩.
(٤) في (خ): (وهكذا).
(٥) في (خ): (يختلف).
(٦) الشّغار: أن يزوّج الرجل ابنته الرجل على أن يزوّجه الرجل الآخر ابنته، وليس بينهما صداق، فيكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى. انظر: «الأم»: ٦/ ١٩٧، و«المهذب» ٢/ ٤٤٦.
(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٣٣٢.
(٨) في (خ): (البنت)، تصحيف.
(٩) انظر: «الأم»: ٦/ ٤٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٥.
(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٥٢.
(١١) في (خ): (البنت)، تصحيف.
(١٢) في (خ): (أزالت).

قُلْنا: لا يَصِحُّ اعتبارُ هذا بولايةِ المالِ، وذلك أنَّ الصِّغَرَ[1] يَمْنعُها من [تَوْفِيةِ الحَظِّ][2] وحُسْنِ[3] النَّظَرِ في المالِ؛ فلِهَذا كانت ولايةُ الأبِ ثابتةً عليه، وليس كذلك في بابِ النِّكاحِ، فإنَّه قد حَدَثَ لها مَعْنًى لو[4] وُجِد في حالِ الكِبَرِ لأَثَّرَ في ولايةِ البُضْعِ، كالعِتْقِ.

ثُمّ نقولُ: نحن لا نَعتبِر الولايةَ في النكاحِ بالولايةِ [في المالِ][5]، وإنَّما نَعتبِرُها لأجلِ أنَّ صاحبَ الشَّرعِ عَلّقَ جوازَ[6] الإجبارِ وعدمَه[7] بوُجودِ البكارةِ وارتفاعِها، فدلَّ[8] على ما ذكرناه.

***

(٥٩٦): مَسْألة

[في وِلايةِ الفاسقِ في النكاحِ]

قال الشَّافعي رحمةُ اللهِ عليه في عامّةِ كُتبِه: لا ولايةَ لفاسقٍ[9]، وذَكَر في البُوَيْطِي[10] أنّ له وِلايةً[11].

---

(١) في (ب): (الصغير).

(٢) في (ب): (توفير الأب).

(٣) في (خ): (بحسن).

(٤) في (ب): (ولو).

(٥) في (ب): (بالمال).

(٦) في (ب): (جواب)، تصحيف.

(٧) في (خ): (وعدته)، تصحيف.

(٨) في (ب): (دل).

(٩) انظر: «الأم»: ٨/ ٦١١، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٥، و«الحاوي الكبير»: ٩/ ٦١، و«المهذب» ٢/ ٤٢٩.

(١٠) هو: أبو يعقوب يوسف بن يحيى، البويطي، المصري الفقيه صاحب الشافعي.

قال الشافعي: ليس أحد أحق بمجلسي من يوسف بن يحيى، وليس أحد من أصحابي أعلم منه. وروي عنه أنه قال: أبو يعقوب لساني.

له المختصر المشهور، الذى اختصره من كلام الشافعي رضى الله عنه.

مات رَحِمَهُ اللَّهُ ببغداد في السجن، والقيد في رجله، وكان حمل من مصر في فتنة القرآن، فأبى أن يقول بخلقه، فسجن، وقيّد حتى مات سنة: ٢٣١ هـ، وقيل: ٢٣٢ هـ.

تنظر: ترجمته في: تاريخ بغداد: ١٦/ ٤٣٩، و«طبقات الفقهاء»: ١/ ٩٨، وفيات الأعيان: ٧/ ٦٤، والعقد المذهب، لابن الملقن: ١/ ٢٤.

(١١) قال العمراني: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «البويطي»: (لا يكون الولي إلا مرشدًا). وقال في موضع: (وولي الكافرة كافر)، وهذا يقتضي ثبوت الولاية لفاسق. =

واخْتلَفَ أصحابُنا في ذلك؛ فمنهم من قال: المسألةُ على قولَيْن .

وقال أبو إسحاقَ : المسألةُ على اختلافِ حالَيْن [فالموضعُ][١] الذي قال : لا وِلايةَ له، أرادَ به إذا كان الوَلِيُّ مِمّن يكونُ له الإجبارُ؛ كالأبِ والجَدِّ، والمَوضِعُ الذي قال: له[٢] وِلايةٌ، أرادَ به [إذا كان][٣] مِمّن [لا إجبارَ][٤] له؛ كالأَخِ والعَمِّ.

قال أبو إسحاقَ : **والفرقُ بينهما**: هو أنَّه إذا كانَ مِمّن لا يَمْلِكُ الإجبارَ فإنَّما يُزَوِّجُ بالوَكالةِ، والوكيلُ يَجوزُ أن يكونَ فاسِقًا، كما يكون عدلًا،

= واختلف أصحابنا في الفاسق: هل هو ولي في النكاح أم لا، على خمسة طرق:

فالأول: قال الشيخ أبو حامد: الفاسق ليس بولي في النكاح قولًا واحدًا.

والثاني : قال القفال: الفاسق ولي في النكاح قولًا واحدًا.

والثالث: قال أبو إسحاق المروزي: إن كان الولي ممن يجبر على النكاح، كالأب والجد في تزويج البكر، لم يصح أن يكون فاسقًا، لأنه يزوج بالولاية، والولاية لا تثبت مع الفسق، كفسق الحاكم والوصي. وإن كان ممن لا يجبر على النكاح، كمن عدا الأب والجد من الأولياء، وكتزويج الأب والجد للثيب، صح تزويجه وإن كان فاسقًا، لأنه يزوج بإذنها، فهو كالوكيل.

والرابع : من أصحابنا من قال: إن كان الفاسق مبذرًا في ماله لم يجز أن يكون وليًّا في النكاح. وإن كان رشيدًا في أمر دنياه كان وليًّا في النكاح.

والخامس : من أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: أن الفاسق ولي في النكاح بكل حال- وهو قول مالك وأبي حنيفة رحمهما الله لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[النور: ٣٢]: وهذا خطاب للأولياء، ولم يفرق: بين العدل، والفاسق، ولأن الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة، والمسلم الفاسق أعلى منه، فلأن يملك تزويج وليته أولى.

والثاني: لا يصح أن يكون وليا بحال، وهو المشهور من المذهب، لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل» ، وفي رواية: «لا نكاح إلا بولي مرشد، أو سلطان» . وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل». ولا مخالف له. انظر «البيان في مذهب الإمام الشافعي» ٩/ ١٧٠ .

(١) في (خ) : (قال في الموضع) .
(٢) في (خ) : (لا)، تصحيف.
(٣) ساقط من (ب) .
(٤) في (خ) : (الإجبار)، تصحيف .

وليس كذلك إذا كان أبًا أو جدًّا، فإنَّه إنَّما يُزوِّج بالوِلايةِ[١]، والفِسْقُ يُؤثِّر في الوِلايةِ، كوِلايةِ المالِ[٢].

والصحيحُ من المَذْهبِ، والذي [لا][٣] يَجِيءُ على مَذْهَبِ الشافعيِّ غيرُه: أنَّه لا يجوزُ [أن يكونَ الوَلِيُّ فاسِقًا][٤] بحالٍ.

فإذا ثَبَت هذا فيقال: لِمَ[٥] جاز للسَّيدِ أن يُزوِّجَ أَمَتَه مع فِسْقِه.

قيل: الفرقُ بينهما: أنَّ وِلايةَ السيدِ [وِلايةٌ][٦] [في حَقِّ][٧] نفسِه؛ فلِهَذا لم يُنافِها فِسْقُه، وليس كذلك هاهنا، فإنَّها وِلايةٌ في حَقِّ الغَيْرِ، وهي المنكوحةُ، فلِهَذا نَافَاها فِسْقُه[٨].

فإن قيل: [لِمَ جازَ][٩] [له][٦] أن يَسْتوفِيَ القِصاصَ إذا كان فاسقًا؟

قُلنا: الفرقُ بينهما: [هو][٣] أنَّ تلك وِلايةٌ في استيفاءِ [حَقِّه لنفسِه][١٠]، فهي كاستِيفاءِ الدُّيونِ؛ فلِهَذا لم يُمْنَعْ منها لفِسْقِه، وهذه وِلايةُ تَزْويجٍ، فنافَاهَا الفِسْقُ.

فإن قيل: لِمَ جاز أن يكونَ الكافِرُ وليًّا على ابنتِه الكافرةِ؟

قيل: الكافرُ ليس بفاسِقٍ في دينِه؛ لأنَّه يَعْتقِدُ [ذلك][٣] دِينًا، وليس كذلك المسلمُ فإنَّه فاسِقٌ في دِينِه[١١].

***

(١) في (ب): (بالوكالة)، المثبت موافق لما في «الحاوي الكبير».
(٢) انظر: «الحاوي الكبير» ٩/ ٦١، و«المهذب» ٢/ ٤٢٨.
(٣) ساقط من (ب).
(٤) في (ب): (حق الولي أن يكون فاسقا).
(٥) في (خ): (فلم).
(٦) ساقط من (خ).
(٧) في (ب): (حق في).
(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٦٢.
(٩) في (ب): (أجاز).
(١٠) في (خ): (حق نفسه).
(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٦٢.

[في الشهودِ في النكاحِ]

(٥٩٧): مسألة

الشهادةُ شرطٌ في عَقْدِ النكاح، ولا يَنْعقِدُ إلَّا بالشّهودِ[١].

فإن قيل: لِمَ لا تقولون: إنَّ الشَّهادةَ شَرْطٌ في البيعِ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قد قال: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؟

قُلنا: لا نَقولُ ذلك، **والفرقُ بينهما:** هو أنَّ الشهادةَ في البيعِ إنَّما أَمَرَ اللهُ بها نَدْبًا وإرْشادًا[٢]، فلم تكُن واجبةً كالكتابةِ والرَّهْنِ، وليس كذلك النكاحُ، فإنَّه إنَّما اشْتَرط[٣] فيه الشّهادةَ؛ احتياطًا للأنسابِ[٤]، وإثْباتًا للفراشِ، فلِهَذا افْتَرقا[٥]. [ب ٩٠/ ب]

***

[في شهادةِ النساءِ في النكاحِ]

(٥٩٨): مسألة

لا مَدْخَلَ للنِّساءِ في الشِّهادةِ في النكاحِ[٦].

ويُفارِقُ البيعَ وغيرَه: وهو أنَّ النكاحَ ليس بمالٍ، ولا يُقصَدُ منه المالُ، فلِهَذا لم تكن لشِهادةِ النِّساءِ فيه مدخلٌ كالزّنا، والبيعُ بخِلافِه فإنَّه مالٌ[٧]، ويُقصَدُ منه المالُ.

---

(١) انظر: «الأم»: ٦/ ٤٣٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٥.

(٢) قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (قال الله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ إلى قوله: ﴿وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ قال الشافعي: فلما أمر الله عز وجل بالكتاب ثم رخص في الإشهاد إن كانوا على سفر ولم يجدوا كاتبا احتمل أن يكون فرضا وأن يكون دلالة، فلما قال الله جل ثناؤه ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ والرهن غير الكتاب والشهادة ثم قال ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ﴾ دلّ كتاب الله عز وجل على أن أمره بالكتاب ثم الشّهود ثم الرّهن إرشاد لا فرض عليهم؛ لأنّ قوله: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ إباحة؛ لئن يأمن بعضهم بعضا فيدع الكتاب والشهود والرّهن). بنصه من «الأم» ٤/ ١٨١، و«الحاوي الكبير»: ١٧/ ٤.

(٣) في (خ): (اشترطت). (٤) في (ب): (للإنسان). (٥) في (خ): (فرق بينهما).

(٦) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٥٢، و«الحاوي الكبير»: ٩/ ٥٩، ٦٠. (٧) في (ب): (عقد مال).

وإن شِئْتَ أن تقولَ: هو أنَّ النكاحَ لا يُسْتباحُ بالبدلِ والإباحةِ فشابَهَ[١] القِصاصَ، وليس كذلك البيعُ.

***

(٥٩٩): مَسْألة

[في كفرِ الولِّي والشهودِ في عقدِ النكاحِ]

إذا زوَّج الكافرُ الذميُّ[٢] ابنتَه من مُسْلِمٍ؛ جازَ أن يكونَ الوَلِيُّ[٣] كافرًا، ولا يجوزُ أن يكونَ الشهودُ كفارًا[٤].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الشهودَ يُرادُون في النكاحِ لإثباتِ الفِراشِ، فلِهَذا قُلْنا: يَجِبُ أن يكونوا مُسْلِمين، وليس كذلك الوَلِيُّ، فإنَّه يُرادُ لطَلَبِ الحَظِّ للمنكوحةِ؛ لِئلَّا تَضَعَ[٥] نفسَها في غيرِ كُفْءٍ، والمسلمُ[٦] [كُفْءٌ][٧] فلِهَذا افْتَرقا.

***

(٦٠٠): مَسْألة

[في تزويجِ المحجورِ عليه لسفِه]

إذا احتاجَ المَحْجورُ عليه لسَفَهٍ إلى التَّزويجِ، فعلى وَلِيِّه أن يُزَوِّجَه، وأن[٨] يَأْذَنَ له في ذلك، فإن هو تَزوَّجَ من غيرِ إذنِ الوَلِيِّ؛ صَحَّ ذلك على أحدِ الوجهَيْن[٩]، ولو باعَ واشترى من غيرِ إذنِ الوليِّ؛ لم يَجُزْ.

والفرقُ [بينهما]: هو أنَّ البيعَ والشراءَ عَقْدٌ يَتعلَّقُ بالمالِ، والحَجْرُ عليه إنَّما كان احتياطًا لمالِه، والسَّفَه يَمْنَعُه[١٠] من طَلَبِ الحظِّ للمالِ،

---

(١) في (خ): (تشابه). (٢) ليست في: (ب) (٣) في (خ): (كالولي).

(٤) في (خ): (كفار)، انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٥/ ٢٨٨.

(٥) في (ب): (لأن بضع). (٦) في (خ): (والمسلمة).

(٧) ساقط من (ب). (٨) في (خ): (أو).

(٩) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٣٥. (١٠) في (ب): (فيمنعه).

وليس كذلك النكاح، فإنَّه عَقْدٌ لا يَتعلَّقُ بالمالِ؛ فلِهَذا جازَ منه من غيرِ إذنِ وليِّه على أحدِ الوجهَيْن، كما جازَ حَلِفُه[١] وطلاقُه.

***

(٦٠١): مَسألة

[في تزوُّجِ العبدِ بغيرِ إذنِ سيدِه]

لا يجوزُ للعبدِ أن يَتَزوَّجَ بغيرِ إذنِ سيدِه، فإن أَذِنَ له جازَ، وإطلاقُ الإذنِ يَقْتضِي أن يتزوجَ على قَدْرِ مَهْر المِثْل، فإنْ تزوّجَ على أكثرِ من ذلك؛ كانت الزيادةُ في ذمتِه، ويُتبَعُ[٢] بها[٣] إذا عَتَقَ[٤].

ويُفارِقُ وليَّ السَّفيهِ إذا زَوّجَه على أكثرِ من مَهْرِ المِثْلِ حيث قُلْنا: إنَّ الزيادةَ مَرْدودةٌ: هو أنَّ العبدَ يَصِحُّ إقرارُه، والمحجورُ عليه لا يُقبَلُ إقرارُه.

وأيضًا: فإنَّ العبدَ مَحْجورٌ عليه بحَقِّ[٥] الغَيْرِ؛ فلِهَذا تَثْبُتُ الزيادةُ في ذمتِه، والمحجورُ عليه حُجِرَ عليه][٦] لأجلِ مالِه؛ فلِهَذا افترقا[٧].

***

(٦٠٢): مَسألة

[في إجبارِ السيدِ أمتِه أو عبدِه على النكاحِ]

لا خِلافَ على المَذْهبِ أنَّ للسَّيدِ إجبارَ أَمتِه على النكاحِ، وهل له إجبارُ عبدِه الكبيرِ، أم لا ؟ على قولين.

قال في الجديدِ: ليس له الإجبارُ[٨].

---

(١) في (ب): (جعله)، انظر: «نهاية المطلب» ١٧/ ٥٥.

(٢) في (خ): (يبييع)، تصحيف، وما أثبتناه موافق لما في «الأم».

(٣) في (ب): (به).

(٤) انظر: «الأم»: ٦/ ١١٥، و«الحاوي الكبير»: ٩/ ٧١.

(٥) في (خ): (لحق).

(٦) ساقط من (خ).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٧١.

(٨) في (خ): (إجباره)، انظر: «الأم»: ٦/ ٥٧، و«الحاوي الكبير»: ٩/ ٧٤.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ للسيدِ حَظًّا في إجبارِ أَمتِه على النكاح، لأنَّه يَسْتفيدُ بذلك سقوطَ النفقةِ عنه[1] واستحقاق[2] المَهْرِ واسترقاقِ وَلَدِها، وليس كذلك العبدُ، فإنَّ له اختيارًا[3]، ولا يَسْتفِيدُ السيدُ بذلك شيئًا؛ فلِهَذا لم يكنْ له إجبارُه على النكاحِ.

وأمّا إذا كان العبدُ صغيرًا، فمن أصحابِنا من قال: إنَّ له إجبارَه على النكاحِ قولًا واحدًا.

ويُفارِقُ الكبيرَ؛ لأنَّ الصغيرَ لا اختيارَ[3] له، ولا حُكْمَ بقولِه[4] فمَلَكَ السَّيدُ إجبارَه كالأَمَةِ، والكبيرُ بخِلافه[5].

***

[إذا قال لأَمتِه: أعتقتُكِ على أن أتزوّجَكِ]

(٦٠٣): مسألة

إذا قال لِأَمَته: أَعْتقتُكِ على أن أَتزوَّجَكِ؛ عَتَقَتْ بذلك، ولا يَلْزَمُها أن تَتَزوَّجَ به، ويَجِبُ عليها [له][6] قيمتُها.

[ب ٩٠/أ]

ويُفارِق هذا إذا قالت المرأةُ لعبدِها: أعتقتُكَ[7] على [أن][6] أتزوّجَ بك حيث قُلنا: يَعْتِقُ، ولا يَجِبُ عليه شيءٌ: هو أنَّ المرأةَ لم تَشْرُطْ على العبدِ عوضًا[8]، بل زادَتْ[9] خيرًا؛ فلِهَذا لم يَجِبْ عليه لها شيءٌ، وليس كذلك [في المسألة][10] قبلها؛ لأنَّ عِتْقَ السَّيدِ للأمةِ بشَرْطِ أن تَتَزوّجَه خَرَجَ على عِوَضٍ وشَرْطٍ؛ فلِهذا كان عليها قيمتُها[11].

***

(١) في (خ): (وعنه).
(٢) في (خ): (استحقاق).
(٣) في (خ): (إجبار).
(٤) في (خ): (لقوله).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٧٤.
(٦) ساقط من (خ).
(٧) في (خ): (أعتقك).
(٨) في (خ): (عوضها).
(٩) في (خ): (زاده).
(١٠) ساقط من (ب).
(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٨٥-٨٧.

[فيمن لها أخٌ شقيقٌ، وأخٌ لأبٍ، أيُّهما أولى بتزويجِها]

(٦٠٤): **مَسْأَلَةٌ**[(١)]

المرأةُ إذا كان لها أخوانِ؛ أحدُهما لأبٍ وأُمٍّ، والآخرُ لأبٍ؛ فهُما في ولايةِ النكاحِ سواءٌ، ولا يُقدَّمُ أحدُهما على الآخرِ في أحدِ القولَيْن.

وفي القول الثاني: إنَّ الأخَ للأبِ والأُمِّ أَوْلَى، كما كان في الميراثِ[(٢)].

والصحيحُ: هو الأولُ، **ويُفارِقُ** الميراثَ؛ لأنَّ الميراثَ إنَّما يُسْتحَقُّ بالأقربِ في الأقربِ، والأخُ للأَبِ والأُمِّ أَقربُ للميتِ؛ لأنَّه يُدْلِي إليه بقرابتَيْن كل واحدةٍ منهما يَرِثُ بها على الانفرادِ، وليس كذلك في وِلايةِ النكاحِ، فإنَّ قرابةَ الأمِّ لا تأثيرَ لها في وِلايةِ النكاحِ، **ألا ترى** أنّ أخَ الأُمِّ لا يَجوزُ له التزويجُ؛ فلِهذا لم تتزوجْ بها، إذا اجتمعت مع قرابةِ الأبِ][(٣)].

***

[في رضا المرأةِ بغيرِ الكُفءِ، أو بأقلِّ من مهرِ مثلِها]

(٦٠٥): **مَسْأَلَةٌ**

إذا دَعَتِ المرأةُ [إلى][(٤)] أن تَتزوَّجَ بغيرِ كُفْءٍ؛ كان لوليِّها الاعتراضُ عليها، ومنعُها من ذلك، ولو رَضِيت أن تَتزوّجَ بأقلّ من مَهْرِ مِثْلِها؛ لم يكن لوليِّها[(٥)] الاعتراضُ عليها[(٦)].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ المَهْرَ نقصانُه لا غَضاضةَ فيه عن الأولياءِ؛ لأنَّه حَقٌّ يتعلّقُ[(٧)] بالمالِ، وليس للوليِّ الاعتراضُ عليها في مالِها، كما لو وَهَبته جميعَ المَهْرِ، وليس كذلك الكفاءةُ؛ لأنَّ ذلك حقٌّ للأولياءِ؛

---

(١) بداية السقط من نسخة (خ).
(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٥.
(٣) نهاية السقط من نسخة (خ)، انظر: «المهذب» ١/ ٢٤٦، و«كفاية النبيه» ١٣/ ٤٣.
(٤) ساقط من (خ).
(٥) في (خ): (لأوليائها).
(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٦.
(٧) في (خ): (يبطل).

لأنَّهم ربما يَلْحقُهم[1] في ذلك العارُ والفَضاحةُ[2]، ويَدخُلُ عليهم في نَسَبِهم مَن لا يُكافئُهم؛ فلِهَذا افْترقا[3].

***

(٦٠٦): مَسْأَلة

[فيما زاده الوكيلُ من المهرِ عمَّا حدَّدَه له المُوكِّلُ]

إذا وكَّله في أن يَشتريَ له أمةً بمائةٍ، فاشتراها الوكيلُ بمائةٍ وخمسين؛ كان الشراءُ صحيحًا، ويَلْزمُ الوكيلُ دون المُوكِّلِ.

ولو وكّلَه أن يتزوّجَ له امرأةً بمائةٍ، فتزوّجَها بمائةٍ وخمسين؛ بَطَلَ النكاحُ، ولم يَلْزمِ الوكيلَ[4].

والفرقُ [بينهما][5]: هو أنَّ البيعَ[6] عَقْدُ مُعاوضةٍ يَصِحُّ أن يُوهَبَ ويُورَثُ؛ فلِهَذا [لَزِمَ][7] الوكيلَ إذا خالَفَ، وليس كذلك النكاحُ، فإنَّ

---

(١) في (ب) : (لحقهم).

(٢) في (خ) : (والغضاضة) . فضح الشيء يفضحه فضحًا فافتضح إذا انكشفت مساويه، والاسم: الفضاحة والفضوح والفضوحة والفضيحة. «لسان العرب» : ٢/ ٥٤٥ . ويقال: ليس عليه في هذا الأمر غضاضة، أي: ذلّة ومنقصة. «مختار الصحاح»، ص: ٢٢٧.

(٣) انظر : «الحاوي الكبير» : ٩/ ١٠٨.

(٤) قال العمراني في «البيان» (٩/ ١٩٣) : إن وكله أن يتزوج له امرأة بمائة، فتزوجها له بخمسين؛ صحّ، وإن تزوجها له بأكثر من مائة، قال الصّيمري : فقد قال شيخ من أصحابنا: يبطل النكاح. والصحيح: أنه يصح النكاح، ولها مهر مثلها.

قال الشافعيّ: وإذا وكّل الرجل أن يزوجه امرأة بصداق، فزادها عليه أو أصدق عنه غير الذي يأمره؛ فلا خيار للرجل، ولا يرد النكاح من قبل تعدّي الوكيل في الصداق وللمرأة على الزوج في كل حال من هذه الأحوال مهر مثلها، وإن كان وكيل الرجل ضمن للمرأة ما زادها فعلى الوكيل الزيادة على مهر مثلها. بتصرف من «الأم» : ١/ ٢١١.

راجع المسألة: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» ٥/ ٢٨٧، «روضة الطالبين» ٧/ ٧٦.

(٥) ساقط من (خ) . (٦) في (ب) : (المبيع). (٧) ساقط من (ب) .

المرأةَ فيه لا تُملَكُ؛ فلِهذا بَطَل عَقْدُ[1] المخالفةِ، وهذا المَعْنى وهو أنَّ مِن شَرطَ النكاحِ ذِكرَ المُوكِّلِ عند عَقْدِ الوكيل بأن يقول: قَبِلْتُ النكاحَ لموكِّلي، وليس من شَرْطِ البيعِ ذِكْرُ الموكِّلِ.

***

(٦٠٧): مسألة

[في غيبةِ الوليِّ الأقربِ أو فسقِه إلى من تَنتقِلُ الوِلايةُ]

إذا غاب الوليُّ الأقربُ لم تُنْتَقَلِ الوِلايةُ إلى مَنْ دونه من الأولياءِ، بل تَنْتقِلُ إلى السُّلطان إذا كانت غَيبةً بعيدةً، وإن كانت قريبةً، فعلى[2] وجهَيْن[3].

ولو فَسَقَ الوليُّ الأقربُ أو جُنَّ؛ انتقَلت الوِلايةُ إلى مَنْ دونه من الأولياءِ[4].

[ب ٩١/ ب]

والفرقُ [بينهما][5]: هو أنَّ بالفِسْقِ والجنونِ قد خَرَج عن أن يكونَ من أهلِ الوِلايةِ، وبالغيبةِ لم يَخْرجْ عن أن يكونَ من أهلِ الولايةِ؛ بدليلِ أنَّه لو زوّجَها في البلدِ الذي هو فيه صَحّ ذلك.

وأيضًا: فإنَّ بالغَيبة[6] لا تَخرجُ عن وِلايةِ المالِ، وكذلك في النكاحِ، وبالفِسْقِ يَخرجُ عن ولايةِ المالِ، فكذلك في النكاحِ؛ [فلِهذا افترقا][7].

***

(١) في (خ): (عنه).

(٢) في (ب): (على).

(٣) انظر: «منهاج الطالبين» ص: ٢٠٧.

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٦٢، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ١٧٥.

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (ب): (الغيبة).

(٧) ساقط من (خ).

(٦٠٨): مسألة

[فيما إذا اشترطت صفةً فخرج بخلافها]

إذا تزوجَتْه[١] بشَرْطِ أنَّه حرٌّ، فخرَج عبدًا، أو على أنَّه عَربيٌّ، فخَرج مولًى، أو على أنَّه مُوسِرٌ، فخرجَ مُعْسِرًا، أو غيرَ ذلك [من][٢] الصفاتِ[٣]، ففي صحةِ النكاحِ قولان:

أحدُهما: أنَّه باطلٌ كالبيعِ.

والثاني: أنَّه صحيحٌ ويكونُ لها الخيارُ[٤].

ويُفارِقُ البيعَ؛ لأنَّ الاعتمادَ في النكاحِ على الأعيانِ، لا على الصِّفاتِ[٥]؛ فلِهَذا لم يَبْطُل على أحدِ القولَيْن، وليس كذلك في البيعِ، فإنَّ الصفةَ فيه تَجْري مَجْرَى العَيْنِ، فلِهذا كان مخالفتُها تُبطِل العقدَ كالعَيْنِ، **ألا ترى** أنَّ الخيارَ يَثْبُتُ في البيعِ عند الإطلاقِ، وعند الشَّرْطِ أَوْلى أن يكونَ له تأثيرٌ[٦].

وذلك[٧] **أنَّه** لو قال: بعتُك هذا [العبدَ][٢]، ثم وَجَدَ المشتري في عَيْنه بياضًا؛ كان له الخيارُ، ولو قال: [بِعْتُك على][٨] أنَّه سليمُ العَيْنِ[٩]، فإذا في عَيْنِه بياضٌ؛ بطَل [البيعُ][٢]، والنكاحُ لا تأثيرَ [فيه][٢] للمُخالفةِ عند الإطلاقِ، فكذلك عند الشَّرْطِ، وهذا فَرْقٌ حسنٌ، والله أعلمُ.

***

---

(١) في (ب): (تزوجت).

(٢) ساقط من (خ).

(٣) في (خ): (الصنفان).

(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٦، و«المهذب» ٢/ ٤٥٢.

(٥) في (ب): (النفقات)، تصحيف.

(٦) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ٣١٣.

(٧) في (ب): (وكذلك).

(٨) في (خ): (بعتك هو على).

(٩) في (خ): (البصر).

[فيما إذا اشترطَ صفةً فخَرَجَت بخلافِها]

(٦٠٩): مَسْألة

إذا تزوَّج امرأةً بشَرْطِ أنَّها على صفةٍ، فخَرجَتْ بخِلافِها، فقُلنا: إنَّ الزوجَ بالخِيارِ، فاختار الفَسْخ[١]، فكان ذلك بعد الدّخولِ، فإنَّه يَجِبُ عليه [لها][٢] مَهْرُ المِثْلِ، وهل له[٣] الرجوعُ به على من غَرّه؟

يُنْظر فيه، فإنْ كان الغارُّ مناسبُوها؛ رَجَع عليهم بجميعِ المَهْرِ، وإن كانَتْ هي الغارّةُ؛ فإنَّه يَرْجع عليها بجميعِ المَهْرِ، إلَّا[٤] بجُزءٍ منه، فإنَّه لا يَرْجع فيه على أَحدِ الوجهَيْن.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه لو رَجَع بجميعِه عليها؛ بَقِيَ الوَطْءُ عاريًا عن المَهْرِ؛ ولهذا قُلنا: يُبقي منه جزءًا، حتى يكونُ في مقابلتِه، وليس كذلك إذا كان الغارُّ غيرَها؛ فدلَّ على الفرقِ بينهما[٥].

***

[في انعقادِ النكاحِ بغيرِ لفظِ الإنكاحِ والتزويجِ]

(٦١٠): مَسْألة

لا يَنْعقِدُ النكاحُ بغيرِ لَفْظةِ[٦] الإنكاحِ[٧] والتَّزْويجِ، ويجوز الطلاقُ بغيرِ لَفْظةِ[٨] الطلاقِ[٩].

[خ١٦٥/ أ]

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٧.
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (ب): (يكون له).
(٤) في (خ): (لا).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ١٤٦، و«المهذب» ٢/ ٤٥٢.
(٦) في (خ): (لفظ).
(٧) في (ب): (النكاح)، و(الإنكاح) مصدر قول الولّي: (أنكحتك)، كما في (زوّجتك)، مصدره (التّزويج)، والله تعالى أعلم.
(٨) في (خ): (لفظ).
(٩) انظر: «الأم»: ٦/ ١٠٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٧، قال الشافعي: (دلّت السنة على أن الطلاق يقع بما يشبه الطلاق، ولم نجد في كتاب ولا سنة إحلال نكاح إلا بنكاح أو تزويج، والهبة لرسول الله ﷺ).

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ القَصْـدَ مـن الطـلاقِ إزالـةُ المِلْـكِ ووقـوعِ التحريـمِ، وهـو يُوجَد في غيرِ لفظِ الطّلاقِ، كما يُوجَدُ في صريحِه، وليس كذلـك عَقْدُ النـكاحِ، فإنَّـه يُقْصَـدُ منه الاستمتاعُ؛ فلِهَـذا اخْتُـصّ [باللَّفـظِ المَخْصـوصِ][1].

***

(٦١١): **مَسْأَلَة**

[فيمن تَزوَّجَ امرأةً قتلت نفسَها قبل الدخولِ]

إذا تـزوَّجَ امرأةً قَتَلَـتْ[2] نفسَـها، وكان ذلـك قبـل الدُّخولِ، فقـال: إن كانت حـرةً؛ فلهـا المَهْـرُ، ولا يَسْـقطُ ذلـك[3]، وإن كانـت أَمَـةً؛ فـلا مَهْـرَ لهـا[4].

واختَلَـفَ أصحابُنـا في هـذه المسـألةِ على طريقَيْـن؛ منهـم مـن نَقَـلَ[5] جـوابَ إحـدَى المسـألتين إلـى الأخـرَى، وخرَّجَهمـا[6] علـى قولَيْـن، ومنهـم مـن قـال: همـا علـى ظاهِرِهمـا. [ب ٩٤/ ب]

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ الحُـرَّةَ قـد صـارت مُسْـلِمةً نفسَـها بنَفْسِ العَقْـدِ، بدليـلِ أنَّ للـزوجِ[7] أن يُسـافرَ بهـا، فلِهَـذا قُلْنـا: لهـا المَهْـرُ، وليس كذلـك الأَمَـةُ؛ لأنَّهـا لا تَصِيـرُ مُسْـلِمةً نفسَـها بالعقـدِ؛ لأنَّهـا مملوكـةٌ للغَيْـرِ[8]؛ فلِهَـذا لـم يَكُـنْ لهـا المَهْـرُ[9].

***

---

(١) في (خ): (بلفظ مخصوص).

(٢) في (ب): (أسلمت)، والمثبت موافق لما في «تهذيب البغوي».

(٣) في (خ): (بذلك). (٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٨.

(٥) في (خ): (قال). (٦) في (خ): (وخرجها).

(٧) في (خ): (الخروج)، تصحيف. (٨) في (خ): (العين)، تصحيف، والغير هنا سيدها.

(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ١٧٢، ١٧٣، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٥/ ٣٢١.

(٦١٢): مسألة

[في وطء الأب جارية ابنه]

إذا وَطِئَ الأبُ جاريةَ ابنِه، فإن كان الابنُ لم يطَأْها؛ فلا حَدَّ على الأبِ، وإن كان قد وَطِئَها؛ فهل [يَجِبُ][1] عليه الحدُّ، أم لا ؟ على وجهَيْن.

فأمّا إذا وَطِئَ [الابنُ][2] زوجَةَ أبيه؛ فعليه الحدُّ وجهًا واحدًا.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الزوجةَ غيرُ مملوكةٍ للابنِ، ولا شُبْهَةَ للأبِ فيها؛ فلِهَذا وَجَبَ[3] عليه الحَدُّ، وجاريةُ ابنِه له فيها شُبْهةٌ؛ لأنَّها مالٌ [له][2]، وللأبِ شُبْهةٌ في مالِ ابنِه؛ فلِهَذا افْتَرقا[4].

***

(٦١٣): مسألة

[في تزوُّج الزاني من ابنةِ المزني بها]

إذا زَنَى بامرأةٍ فأتَتْ ببنتٍ[5] [من زِناهُ][6]؛ لم يَثْبُتِ النَّسبُ [منه][1] إجْماعًا، [وحلَّ له][7] التَّزَوّجُ بها عند الشافعيِّ.

فإن قيل: فلِمَ[8] لَمْ تَنْتَشرِ الحُرْمةُ بينها[9] وبينه، كما انتشرَتْ بينها[9] وبين الأُمِّ؟

قيل: **الفرقُ بينهما**: أنَّ الولدَ يَلْحَقُ بالأُمِّ قَطْعًا ويقينًا؛ لأنَّه أَمْرٌ

[خ ١٥٦/ ب]

---

(١) ساقط من (خ).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (ب): (أوجب).
(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ١٧٦، ١٧٧.
(٥) في (خ): (ببينة)، وهو تصحيف من ناسخه، وقد وقعت مصحّفة أيضا في نسخة «المهذب»: ٢/ ٤٤٠، (ط: دار الكتب العلمية بتحقيق زكريا العميرات)، وما في الأصل موافق لما في «المهذّب»: ٤/ ١٤٧، (ط: دار القلم بتحقيق الدكتور محمد الزحيلي)، وراجع المجموع شرح «المهذب» ١٦/ ٢١٩.
(٦) في (خ): (بعد زنا).
(٧) في (خ): (وله).
(٨) في (ب): (لم).
(٩) في (خ): (بينهما).

مُمكِنٌ مُشاهدَته، [وليس][1] كذلك جانبُ الأَبِ، لأنَّ الولدَ إنَّما يلحَقُ به استدلالًا؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ مُشاهدتُه[2]، ولا القَطْعُ على أنَّ هذه[3] من مائِه.

***

(٦١٤): مَسْأَلة

[في بنتِ المُلاعنةِ التي انتفى منها، هل له التزويجُ منها؟]

فأمّا إذا لاعَنَ زوجتَه، [وبانت منه وله منها][4] بِنْتٌ [قد انتفَى][5] نسبُها منه باللِّعانِ، فهل يجوزُ له التَّزْوِيجُ بها، أم لا ؟

من أصحابِنا من قال: [إن كانت قد دَخَلَ بها حَرُمَتْ عليه بلا خِلافٍ، وإن كان لم يَدْخلْ بالأُمِّ][1] يَجوزُ له التَّزويجُ، كما يجوز [له][1] في بنتِ المَزْنِيِّ بها.

ومنهم من قال: لا يجوزُ، **وفَصَل بينهما**: هو أنَّ اللِّعانَ إنَّما قَطعُ النَّسبِ منه [من][6] حيث الظاهرُ، لا من جهةِ الباطنِ، بدليلِ أنَّه لو أَكْذَبَ نفسَه؛ عاد النَّسَبُ إليه؛ فلِهذا فارَقَ المَزْنِيَّ بها[7].

***

(٦١٥): مَسْأَلة

[في تزوُّجِ الحرِّ أكثرَ من أَمَةٍ]

إذا كان الحرُّ على صفةِ [من][6] يَجوزُ له التَّزَوُّجُ بالإماءِ؛ لم يَجُزْ له أن يتزوَّج بأكثرَ مِن واحدةٍ.

ويُفارِقُ نكاحَ الحُرّةِ: هو أنَّ نكاحَ الأَمَةِ إنَّما جُوّز له للحاجةِ إليه، والحاجةُ لا تدعُو إلى أكثرَ مِن واحدةٍ، فلِهَذا قُلنا: لا يجوزُ

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (خ): (مشاهدة ذلك).
(٣) في (خ): (هذا).
(٤) في (خ): (وتبانت منه، ولها).
(٥) في (ب): (وانتفى).
(٦) ساقط من (خ).
(٧) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٤٠.

له التَّزوِيجُ[1] بأكثرَ [منها][2]، وليس كذلك [الحُرةُ][2]؛ لأنَّ ذلك هو الأصلُ؛ فلِذلك افْتَرقا[3].

***

(٦١٦): مَسألة

[في زواجِ من هو قادرٌ على طَولِ الحُرّةِ بالأَمَةِ]

إذا كان قادِرًا على طَوْلِ حُرّةٍ؛ لم يَجُز له التَّزوِيجُ بالأَمَةِ، ولو كان قادِرًا على شراءِ ابنةِ مَخاضٍ؛ لم يَلْزمْه شراؤُها، وكان له إخراجُ ابنِ لَبونٍ[4].

والفرقُ: هو أنَّ شَرْطَ جوازِ [إخراجِ][5] ابنِ لَبونٍ في الزّكاةِ كونُه [غيرَ][6] مالكٍ لبنتِ مَخاضٍ، وليس الشَّرطُ أن يكونَ قادِرًا على الشِّرَى[7]، وليس كذلك هاهنا، فإنَّ الشَّرْطَ في جوازِ نكاحِ الأَمَةِ أن [خ ١٥٧/أ] يكونَ غيرَ قادرٍ على نكاحِ حُرّةٍ؛ لأنَّه إذا كان قادرًا على ذلك؛ فلا حاجةَ به إلى إرقاقِ ولدِه؛ فلِهَذا افْتَرقا.

***

(١) في (خ): (التزوج). (٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٢٣٩، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ٢٦٧.

(٤) انظر: «الجمع والفرق»: ٢/ ١٩، و«المهذب» ١/ ٢٧١.

(٥) ساقط من (خ). (٦) ساقط من (ب)، موافق لما في «المهذب».

(٧) قال ابن فارس في «مقاييس اللغة» (شرى) الشّين والرّاء والحرف المعتلّ أصول ثلاثة: أحدها يدلّ على تعارض من الاثنين في أمرين أخذا وإعطاء مماثلة، والآخر نبت، والثّالث هيج في الشّيء وعلوّ.

فالأوّل قولهم: شريت الشّيء واشتريته، إذا أخذته من صاحبه بثمنه. وربّما قالوا: شريت: إذا بعت. قال اللّه تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠] ثم قال: والشّرى مقصور، يقال شرى الشّيء شرى.

وقال أيضا في «مقاييسه»: (بيع) الباء والياء والعين أصل واحد، وهو بيع الشّيء، وربّما سمّي الشّرى بيعا. والمعنى واحد. قال رسول اللّه ﷺ: «لا يبع أحدكم على بيع أخيه» قالوا: معناه لا يشتر على شرى أخيه. انتهى

(٦١٧): مَسْألة

[فيمن يجوزُ له التعريضُ لها بالخِطْبةِ]

[ب ٩٥/ أ]

يجوز التَّعْرِيضُ للمُتَوفَّى عنها بالخِطْبةِ قبل انقضاءِ عِدّتِها، ولا يجوزُ التَّصريحُ[1]، وكذلك البائنُ بالرضاعِ واللِّعان [والمُطَلَّقة][2] ثلاثًا.

فأمَّا المُطلّقةُ البائنُ وهي المُخْتلِعةُ والمفسوخُ نكاحُها بعيبٍ، فيجوزُ [لمن بانَتْ عنه التَّصريحُ بخطبتِها والتعريضِ، وأمّا غيرُه][3]، فلا يجوزُ له التَّعريضُ لها بذلك في العِدَّةِ على الصَّحيحِ من القولَيْن[4].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ المُتوفَّى عنها حَصَلت الفُرْقةُ بغيرِ اختيارٍ منها؛ [فلِهَذا جاز التَّعريضُ لها، وليس كذلك المُطلَّقةُ، فإنَّ الفُرْقةَ حصلت باختيارٍ منها][2] أو من أحدِهما؛ فلِهَذا افترقا.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٢٤٨. (٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (وأما المطلقة).

(٤) قال ابن الرّفعة: (قال: وإن خالعها زوجها فاعتدت منه لم يحرم على زوجها التصريح بخطبتها؛ لانتفاء التهمة في حقه؛ إذ له نكاحها في العدة. ويحرم على غيره، أي: التصريح؛ لأنه إذا حرم في عدة الوفاة رعاية لحقه، فلأن يحرم عليه لحق الحي أولى.

قال: وفي التعريض قولان: أحدهما: يحرم؛ لأنها مستوحشة بالطلاق، وربما كذبت في انقضاء العدة؛ مسارعة إلى مكافأة الزوج، ولأن لصاحب العدة أن يستنكحها؛ فأشبهت الرجعيّة.

والثاني وهو نصه في «البويطي»: والأصح: أنه لا يحرم؛ لانقطاع سلطنة الزوج عنها، فأشبهت المطلقة ثلاثًا.

والمفسوخ نكاحها كالمختلعة، وقيل: إن فسخ الزوج فعلى الخلاف، وإن فسخت هي لم يجز التعريض بخطبتها قولا واحدا، وهذا ما أجاب به في «التتمة». [والموطوءة بالشبهة كالمختلعة، وقيل: كالمتوفى عنها، وهو الأصح في «التهذيب»]، والجواب من جهة المرأة [تصريحًا أو تعريضًا] حكمه حكم الخطبة. انظر «كفاية النبيه»١٣/ ١٥١، واستظهره النّوويّ في «الرّوضة»٧/ ٣٠.

انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٢٤٨، ٢٤٩، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٥/ ٣٨٨، والعزيز شرح الوجيز: ٧/ ٤٨٣، و«كفاية النبيه» ١٣/ ١٥١، «روضة الطالبين» ٧/ ٣٠.

(٦١٨): مسألة

[في إسلامِ الكافرِ وتحته أكثرُ من أربعِ نسوةٍ]

إذا أسلمَ الكافرُ وتحته أكثرُ من أربعِ نسوةٍ؛ فإنَّه يختارُ أربعًا منهن، ويَبْطل نكاحُ الباقي سواءٌ كان قد تزوَّج بهنَّ في عَقْدٍ واحدٍ، أو[1] في عقودٍ مُتفرِّقةٍ[2].

ولو جَمَعت المرأةُ بين زوجَيْن في الكُفْرِ، ثم أَسْلَمت؛ بَطُلَ نكاحُهما جميعًا إن كانَا في عَقْدٍ واحدٍ، وإن كانَا في عقدَيْن؛ بَطَلَ نكاحُ الأخيرِ منهما.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ المرأةَ إذا عقدَتْ على رجلٍ؛ فقد مَلَكَ منفعتَها، فإذا نكَحَ الثاني يكونُ[3] قد عَقَدَتْ عَقْدًا في حقِّ الأولِ؛ فلِهَذا بَطَلَ، وليس كذلك في مسألتِنا.

يُوضِّح صحةَ ذلك: أنَّ المرأةَ إذا أرادَتْ أن تَبْتدِئَ عَقْدَ النكاحِ مع رجلَيْن بعد الإسلامِ؛ لم يكنْ لها ذلك، فلِذلك لم يكنْ لها استِدامةُ العَقْدِ عليهما، وليس كذلك إذا أَسْلَم وتحته أكثرُ من أربعِ [نسوةٍ][4]؛ لأنَّ الأربعةَ يجوزُ ابتداءُ العَقْدِ عليهنَّ بعد الإسلامِ؛ فلِهَذا جاز استِدامةُ نكاحِهنّ بعَقْدِ الشِّركِ.

[خ ١٥٧/ ب]

فأمّا إذا تزوَّجَ ذاتَ مَحْرَمٍ في حالِ الكفرِ، ثم أَسْلَم، بَطَل نكاحُها؛ لأنَّ المَحارمَ لمّا لم يَجُزِ ابتداءُ العقدِ عليهنَّ بعد الإسلامِ، لم[5] يَجُزِ استدامةُ نكاحِهن بعقدٍ وُجِدَ[6] في الشِّركِ، وليس كذلك ما ذكرناه.

***

---

(١) في (ب): (و)، والمثبت موافق لما في «الأم».
(٢) انظر: «الأم»: ٥/ ٦٤٩، ٦٥٠.
(٣) في (ب): (فقد يكون).
(٤) ساقط من (ب).
(٥) في (ب): (لم).
(٦) في (خ): (واحد)، تصحيف.

(٦١٩): مَسألة

[فيمَن تحته أكثرُ من أربعِ نسوةٍ، هل له الخيارُ وقد أَحرَمَ بالحجِّ]

إذا أسلَمَ وتحته أكثرُ من أربعِ نُسْوةٍ، فأسلَم منهن أربعٌ، وقد أَحرَم بالحجِّ، فهل له الخِيارُ، أم لا؟

قال الشَّافعيُّ رحمةُ اللهِ عليه: له الخيارُ، واختَلَف أصحابُنا في ذلك.

فمنهم من قال: إنَّه لا يجوزُ له أن يَخْتارَ في حالِ الإحرامِ، كما لا يجوزُ له ابتداءُ النّكاحِ في الإحرامِ، قال: ومسألةُ الشافعيِّ مَفْروضةٌ فيه إذا أَسْلَم قبل أن يُحْرِمَ، ثم أَحْرمَ قبلَ[1] إسلامِهنّ، فإنَّ له الخيارَ هاهُنا[2].

ومن أصحابِنا: من قال: يجوزُ له الخِيارُ[3].

ويُفارِق ابتداءَ عَقْدِ النكاحِ؛ لأنَّ الخيارَ هاهُنا إنَّما هو استِدامةُ النِّكاحِ؛ وليس[4] هو بأسوأ حالٍ من الرَّجعةِ، وله أن يَرْتَجِعَ[5] [في حالِ الإحرامِ][6]؛ فكذلك هاهُنا مِثْلُه.

***

(٦٢٠): مَسألة

[في العبدِ يُسلِمُ وتحته حرائرُ وإماءٌ، فهل للحرائرِ الخيارُ؟]

إذا أَسْلَمَ العبدُ وتحته حُرّتان كتابِيّتان، وحُرّتانِ وَثَنِيتان، وأَمتان، فأسلَمْنَ معه، [فأمَّا الأَمتان؛ فلا خيارَ لهما، وأمّا الحرائرُ، فهل لهم الخيارُ، أم لا ؟][6].

---

(١) في (خ) : (قبل)، وما أثبتناه موافق لما في «تهذيب» البغوي، و«روضة الطالبين».

(٢) ممن روي عنه هذا التأويل أبو القاسم الأنماطي، وأبو الطيب بن أبي سلمة، بل عن أبي بكر القفال المروزي إنكار هذا النص، وقال: تفحّصت كتب الشافعيّ، فلم أجده. انظر: «روضة الطالبين» ٧/ ١٤٧.

(٣) انظر : «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٥/ ٤١٣، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ٣٣٨، «روضة الطالبين» ٧/ ١٤٧، ١٤٨.

(٤) في (خ) : (فليس). (٥) في (خ) : (يرجع). (٦) ساقط من (ب) .

مـن أصحابِنـا مـن قـال: [يكـون][1] لهـنَّ الخيـارُ، قـال: ويُفـارِقُ هـذا قبـل الإسـلامِ؛ لأنَّ الـرِّقَّ[2] في الإسـلامِ نَقْـصٌ؛ فلِهَـذا كان لهـن الخِيـارُ، وليـس كذلـك في حـالِ الكُفْـرِ.

[ب ٩٥/ ب] ومـن أصحابِنـا[3] مَـن قـال: لا يكـونُ لهـنَّ خِيـارٌ؛ لأنَّهـنَّ دَخَلْـنَ على بصيرةٍ ورضًـا بحـالِ الـرِّقِّ[4]، وليـس له على الوجهَيْـن أن يَبْقى معه غيرُ ثِنْتَيْن.

***

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (خ): (الفرق)، تصحيف من ناسخه، وما في الأصل موافق لما في «الحاوي الكبير».

(٣) قال الماورديّ: (وصورتها في عبد تزوّج في الشّرك ستّ زوجات منهنّ: أمتان وثنيّتان وحرّتان وثنيّتان وحرّتان كتابيّتان، ثمّ أسلم وأسلم معه الأمتان الوثنيّتان والحرّتان الوثنيّتان، وبقي الكتابيّتان على دينهما، فله أن يختار من السّتّ اثنتين، لأنّ العبد لا يستبيح أكثر منهما، وهو في الزّيادة عليهما كالحرّ في الزّيادة على الأربع إلّا أن الشافعي قال: ولم يختزن فراقه أمسك اثنتين، أما الأمتان فإن أعتقهما فلهما الخيار؛ لأن الأمة إذا أعتقت تحت عبد

فلها الخيار مسلمًا كان العبد أو كافرًا، وإن لم يعتقا فلا خيار لهما؛ لأنّهما قد ساوياه في نقصه بالرّقّ، وأمّا الحرائر ففي ثبوت الخيار لهن بإسلامه وجهان:

أحدهما: أنّه لا خيار لهنّ لعلمهنّ برقّه ورضاهنّ مع كمالهنّ بنقصه، فلم يحدث لهنّ بالإسلام خيار، لأنّ الإسلام يؤكّد النكاح ولا يضعفه، وهذا اختيار أبي حامد المروزيّ.

والوجه الثّاني: لهنّ الخيار في فسخ نكاحه؛ لأنّ الرّقّ في الإسلام نقص، وفي الكفر ليس بنقص لإطلاق تصرّفه في الكفر وثبوت الحجر عليه في الإسلام، ونقص أحكامه في طلاقه، ونكاحه، وحدوده، وعدم ملكه، وقهر السّيّد له على نفسه فيكون الرّقّ في الإسلام نقصا يثبت للحرائر من زوجاته الخيار في إسلامه، وإن لم يثبت لهنّ في شركه وهذا اختيار أبي القاسم الدّاركيّ، فعلى هذا إن قيل: للحرائر الأربعة الخيار فاخترن فسخ نكاحه ثبت نكاح الأمتين، وإن قيل: لا خيار لهن وقيل لهنّ الخيار، فاخترن المقام على نكاحه كان له أن يختار منهنّ، وهنّ ستّ، اثنتين من أيّهنّ شاء إمّا أن يختار الحرّتين المسلمتين أو الحرّتين الكتابيّتين أو الأمتين المسلمتين أو واحدة من الأمتين، وواحدة من الحرائر؛ لأنّه عبد يجوز أن يجمع بين أمتين وبين أمة وحرة).
انظر «الحاوي الكبير» ٩/ ٢٩٢.

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٢٧٢، ٢٧٣، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ٣٥١.

[فيمَن أسلَم وتحته مجوسيةٌ قد دَخَل بها، فأرادَ أن يَنكِحَ أختَها]

(٦٢١): مَسألة

إذا أَسْلَم وتحته مجوسيةٌ، وكان ذلك بعد الدُّخولِ، فأرادَ أن يَنْكِحَ أختَها قبل انقضاءِ عِدَّةِ المَجُوسيةِ؛ [فذَهَبَ الشافعيُّ إلى أنَّه](١) لا يجوزُ له ذلك(٢).

وقال المُزَنيُّ: يجوزُ له ذلك، ويكونُ النكاحُ موقوفًا على إسلامِ أُختِها، كما لو طلّقها ثلاثًا، فإنَّ له [التَّزويجَ بأختِها قبل انقضاءِ](٣) عِدّةِ المُطلقةِ(٤)، [وهذا غَلَطٌ.

[خ ١٥٨/ أ]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ هاهُنا هي جاريةٌ إلى فَسْخٍ، وربما أَسْلَمَتْ، وليس كذلك المُطَلَّقةُ](٥)؛ لأنَّها مُعتدَّةٌ عن(٦) بينونةٍ قد سبقَتْ؛ فلِهَذا افْتَرقا(٧)، [**وأيضًا**: فإنَّه هاهُنا يكونُ موقوفًا بلا خِلافٍ](٨).

***

[فيما إذا ارتدَّ الزوجُ بعد الدخولِ، فأصابها حالَّ ارتدادُه]

(٦٢٢): مَسألة

إذا ارتدَّ أحدُ الزوجَيْن بعد الدُّخولِ وهو الزوجُ، كان النكاحُ موقوفًا على انقضاءِ العدةِ، فإنَّ أصابَها في هذه الحالةِ، قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إن عادَ إلى الإسلامِ فلا مهرَ عليه، وإن لم يَعُدْ؛ كان عليه المهرُ(٩).

وقال فيه: إذا طَلَّقَ امرأتَه طَلْقةً رَجْعيّةً، فوطِئَها قبل أن يُراجِعَها؛ كان عليه مَهْرُ المِثْلِ، ارْتَجَع أو لم يَرْتَجِعْ(١٠).

فمن أصحابِنا من نَقَلَ جوابَ إحدى المسألتَيْن إلى الأُخرى، وخرَّجَها على قولَيْن.

---

(١) في (خ): (فمذهب الشافعي).
(٢) انظر: «الأم»: ٦/ ١٢٢.
(٣) في (خ): (التزوج ما لم تنقض).
(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٣.
(٥) ساقط من (خ).
(٦) في (ب): (في).
(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٢٨٧، و«المهذب» ٢/ ٤٤١.
(٨) ساقط من (ب).
(٩) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٤.
(١٠) انظر: «الأم»: ٦/ ٦٢١، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٠.

ومنهم من أَجْراهُما على ظاهِرِهما؛ وفَرّق بينهما؛ لأنَّ الرَّجْعةَ قد [تَشَعَّثَ النكاحُ][١] فيها، وحصلَتْ فيه ثُلْمَةٌ؛ فلِهَذا أوْجَبَ عليه المَهْرَ؛ لأنَّه يكونُ[٢] قد وَطِئَ بنكاحٍ مُتَشَعِّثٍ[٣]؛ وليس كذلك في حالِ المُرْتَدِّ، فإنَّ النكاحَ بحالِه، فلو أَوْجَبْنا فيه مهرًا بهذا الوطءِ؛ كُنّا قد أوجبْنا مهرَيْن في نكاحٍ واحدٍ، وهذا لا يجوزُ؛ فلِهَذا افْتَرقا[٤].

***

[في نكاحِ المتولدِ من مجوسيٍّ وكتابيةٍ، أو كتابيٍّ ومجوسيّةٍ]

(٦٢٣): مسألة

إذا كان الأبُ مجوسيًّا، والأُمُ كتابيةً؛ لم تَحِلَّ[٥] مُناكحةُ المُتَولِّدِ من بينهما، ولا [يَحِلُّ][٦] [أكلُ][٧] ذَبِيحتِه، فإن كان الأبُ كتابِيًّا، والأُمُ مجوسيّةً؛ ففي جَوازِ نكاحِ المتولِّدِ [من][٧] بينهما، [وأَكْلِ ذبيحتِه][٨] قولان[٩].

[خ ١٥٨/ ب]

فإن قُلنا: يَحِلُّ، **فالفرقُ بينهما:** هو أنَّ الانتسابَ إلى الآباءِ؛ فلِهذا حَلَّ مُناكحةُ الوَلَدِ[١٠] إذا كان الأبُ كتابيًّا، وليس كذلك إذا كان مُجُوسيًّا.

وأمّا إذا كان الأبُ مسلِمًا والأُمُّ كتابِيّةً؛ حَلَّ مُناكحةُ [المُتَولِّدِ][٦] من بينهما، وأَكْلُ ذبيحتِه قولًا واحدًا تَغْليبًا لحُكمِ الإسلامِ، وهذا معنى قولِ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الإسلامُ لا يُشْرِكُه الشِّرْكُ، والشِّرْكُ يُشْرِكُه[١١] الشِّرْكُ[١٢].

***

(١) في (ب): (تشعثت بالنكاح).
(٢) في (ب): (لا يكون)، المثبت موافق لما في «الحاوي الكبير».
(٣) قال الزَّبيدي في «تاج العروس» (شعث): (والتّشعّث: التّفرّق والتّنكّث، كما يتشعّث رأس المسواك، وهو مجاز. وتشعيث الشّيء: تفريقه.) قصد أنه نكاح بعد تفرق أي طلاق.
(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٢٩٧، ٢٩٨.
(٥) في (خ): (يجز).
(٦) ساقط من (ب).
(٧) ساقط من (خ).
(٨) في (ب): (وذبيحتهما).
(٩) انظر: «نهاية المطلب» ١٨/ ١٢٧.
(١٠) المراد به الأنثى المتولّدة في كلا المسألتين، كما هو معلوم.
(١١) في (خ): (لا يشركه)، وما في الأصل موافق لما في «الأم».
(١٢) انظر: «الأم»: ٦/ ٢٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٥، و«الحاوي الكبير»: ٩/ ٣٠٤، ٣٠٥، و١٥/ ٢٤، ٢٥.

(٦٢٤): مسألة

[في عدم انعقادِ الإحصانِ بالوطءِ في الموضعِ المكروهِ]

الوطءُ في الموضعِ المكروهِ لا يَنْعَقِدُ به الإحصانُ، ولا يثْبتُ [به](١) [التَّحلُّلُ للزوجِ](٢) الأولِ(٣).

ويُفارِقُ الوطءَ في الموضعِ المُعْتادِ، لأنَّ الإحصانَ تَشْرِيفٌ وفضيلةٌ، فلِهَذا لم يَتَعلَّقْ بالإصابةِ في الموضعِ المكروهِ(٤)، وتَعَلَّقَ بالإصابةِ في الموضعِ المعروفِ.

وأمّا التحليلُ للزوجِ الأولِ، فلم يُوجَدِ المعنى المطلوبُ به إذا أصابها في الموضعِ المكروهِ، **ألا ترَى إلى قوله** ﷺ [لامرأةٍ](٤) حين جاءَتْ(٥) تَشْكُو إليه -الحديثُ بطولِه- إلى أن قال: «**حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَه، ويَذُوق عُسَيْلَتَكِ**»(٦)، فدلَّ على ما ذكرْناه(٧).

[ب ٩٣/ أ]

***

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) في (خ): (التحليل للتزوج).

(٣) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٦، و«المهذب» ٣/ ٤٩، «الحاوي الكبير»: ٩/ ٣٢٠، ٣٢١.

(٤) في (ب): (المذكور).

(٥) في (ب): (كان).

(٦) متفق عليه، أخرجه البخاري: في كتاب الشهادات، باب شهادة المختبي، رقم (٢٦٣٩)، ومسلم: في كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره، ويطأها، ثم يفارقها وتنقضي عدتها، رقم (١٤٣٣).

وقوله ﷺ: «حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك» يريد به الوطء، كنّى بالعسيلة عن لذّة الجماع، وهي تصغير العسل. ويقال: إن العسل يؤنّث في بعض اللغات، وقد يحتمل أن يكون أدخل (الهاء) إشارة إلى الإلمامة الواحدة، أو الواقعة الواحدة التي تحله للأزواج، فأنث الكناية لتأنيث ما تحتها من الضمير. أعلام الحديث، للخطابي، ص: ١٢٩٨، ١٢٩٩، وانظر: تهذيب اللغة، للأزهري: ٢/ ٥٧.

(٧) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٩.

[في العيوبِ التي ينفسخُ بها النكاحُ]

(٦٢٥): مَسْألة

الجنونُ والجُذامُ والبَرَصُ عيوبٌ يَنْفسِخُ بها النكاحُ إذا وَجَدَه أحدُ الزوجَيْن بصاحبِه[١]، والرَّتْقُ[٢] والقَرَنُ[٣] يَخْتصُّ بالنساءِ يكونُ للزوجِ فَسْخُ النكاحِ به، والجَبُّ والعُنّةُ يَخْتَصُّ بالرجالِ، فيكونُ للمرأةِ فَسْخُ النكاحِ به[٤].

فإذا ثَبَتَ هذا، فيُقال: فما الفرقُ بين هذا وبين القَطْعِ والعَمَى حيث لم يَكُنْ عيبًا يُفْسَخُ به النكاحُ مع كونِه عَيْبًا يُفْسخُ به [البيعُ][٥]؟

قُلْنا: الفرقُ أولًا[٦] في النكاحِ: هو أنَّ القَطْعَ [والعَمَى][٥] لا يَمْنعانِ[٧] مُعْظَمَ المقصودِ بالاستمتاعِ؛ فلِهذا لم يكنْ عيبًا في النكاحِ، وليس كذلك الرَّتْقُ والقَرَنُ وغيرُه؛ لأنَّ تلك عيوبٌ تَمْنَعُ مُعْظَمَ المقصودِ بالاستمتاعِ فلِهَذا كان عَيْبًا في النكاحِ[٨].

[ب ١٥٩/أ]

فأمّا البيعُ، فإنَّ القَطْعَ والعَمَى إنَّما كان عيبًا فيه؛ لأنَّه يَمْنعُ [به][٩]

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٧.

(٢) الرّتقاء: التي انسدّ فرجها، يقال: امرأة رتقاء بيّنة الرّتق: لا يستطاع جماعها، لارتتاق ذلك الموضع منها، وضدّه الفتق. «النظم المستعذب»: ٢/ ٢٢٥، والصحاح: ٤/ ١٤٨٠.

(٣) القرن بإسكان الراء هو العفلة -بفتح العين المهملة والفاء: وهو لحمة تكون في فم فرج المرأة، تمنع من سلوك الذّكر فيه، والقرن بفتح الراء: المصدر، ويقال المرأة: عفلاء.

قال النووي: الفتح أرجح لكونه موافقا لباقي العيوب، فإنها كلها مصادر، وعطف مصدر على مصدر أحسن من عطف اسم على مصدر. «تهذيب الأسماء واللغات» ٤/ ٩١، و«النظم المستعذب»: ٢/ ١٤١، و«لسان العرب»: ١٣/ ٣٣٥.

(٤) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ٢٩٠.

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (ب): (أولى).

(٧) في (ب): (يمنع).

(٨) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٥/ ٤٥٣، ٤٥٤.

(٩) ساقط من (خ).

من حصولِ المقصودِ به؛ لأنَّه عَقْدُ معاوضةٍ، وذلك يَمْنعُ من حصولِ العِوَضِ[1] بالبيعِ، وليس كذلك في النكاحِ.

***

(٦٢٦): مَسْأَلَة

[في رضا المرأةِ بعيبٍ يُفسَخُ به، هل للولي منعها]

إذا رَضِيَت المرأةُ بكَوْنِه مَجْذومًا أو أَبْرصَ؛ كان للولي مَنْعُها من ذلك، وإن رَضِيَتْ بكونِه مَجْبوبًا؛ فهل له الاعتراضُ، أم لا؟ على وجهَيْن.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الجُذامَ والبَرَصَ رُبّما تَعَدّى إلى الأولياءِ من الوَلَدِ، فيَحْصل في ذلك ضَرَرٌ عليهم، وليس كذلك الجَبُّ، فإنَّه حَقٌّ لها لا يَتَعدّاها إلى غيرِها[2].

***

(٦٢٧): مَسْأَلَة

[في خيارِ الأَمَةِ تَعَتِقُ وهي تحت عبدٍ، أو حُرٍّ]

إذا أُعْتِقَت الأَمَةُ وزوجُها عبدٌ؛ ثَبَتَ لها الخيارُ، وإن كان زوجُها حُرًّا؛ فلا خيارَ لها[3].

والفرقُ بينهما: هو أنَّها إذا عَتَقَتْ تحت عبدٍ، فقد كَمُلَتْ بالحريّةِ وزوجُها ناقِصٌ [بالرِّقِّ][4]، فكان لها الخيارُ، وليس كذلك إذا كان زوجُها حرًّا؛ فإنَّها قد ساوَتْه في كمالِه؛ فلِهذا لم يكنْ لها الخِيارُ[5].

***

---

(١) في (ب): (العرض)، تصحيف، فالبيع عقد معاوضة، لأنّ كل واحد من المتبايعين يأخذ عوضا، ويعطي عوضا. انظر: «النظم المستعذب» ١/ ٢٣٥.

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٣٤٨، ٣٤٩.

(٣) انظر: «الأم»: ٦/ ٣١٤- ٣١٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٩.

(٤) ساقط من (خ).

(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ٣١٧-٣١٩.

(٦٢٨): مسألة

[في العبد يَعتِقُ وتحته أَمَةٌ]

فأمّا إذا عَتَقَ العبدُ وتحته أمةٌ؛ لم يكنْ لها الخيارُ، **ويُفارِقُها** إذا عَتَقَت هي؛ لأنَّ بيدِه طلاقَها، فلا معنى لثبوتِ الخِيارِ له، وليس كذلك إذا عَتَقَت هي فلِهذا افترقا(١).

***

(٦٢٩): مسألة

[في افتقارِ خيارِ الأمةِ لحُكمِ الحاكمِ]

ولا يَفْتَقر خيارُ الفَسْخِ للأَمَةِ إلى حُكمِ الحاكمِ، فأمّا خيارُ الفَسْخ بالعيبِ فيَفتَقِرُ إلى [حُكمِ](٢) الحاكمِ؛ لأنَّ فَسْخَ النكاحِ بالعيبِ أَمْرٌ مُجْتَهدٌ فيه؛ فلِهَذا افْتَقَر إلى الحاكمِ، وليس كذلك خِيارُ فَسْخِ الأَمَةِ؛ لأنَّه ثَبَتَ بالنَّصِّ لا باجتهادٍ؛ فلِهَذا لم يَفتَقِرْ إلى الحاكمِ، فبان الفرقُ بينهما(٣).

***

(٦٣٠): مسألة

[في محاباةِ المريضِ في الشراءِ، والنكاحِ]

إذا باع المريضُ في مَرَضِ موتِه سلعةً تُساوِي مِائةً بخَمْسِين، فقد حابَى بخمسين، فيكون ذلك وصيةً للمشتَرِي.

فأمّا إذا نكَحَ في مرضِه امرأةً بمائةٍ، وكان [مَهْرُ مِثْلِها](٤) خمسين؛ بَطَلَ المُسَمّى، ووَجَب لها مَهْر المِثْل.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الزيادةَ على قَدْرِ مَهْرِ المِثْلِ لو(٥) أثبتاها؛ كانت

---

(١) انظر: «نهاية المطلب» ١٢/ ٤٧٨، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ٣٢٧.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٣٤٨.

(٤) في (ب): (مهرها).

(٥) في (ب): (ولو).

وصيّةً لوارثٍ، والوصيةُ للوارثِ لا تَجوزُ[1]، وليس كذلك [في][2] مسألةِ البيعِ؛ لأنَّ تلك وصيةٌ لأجنبيٍّ[3]؛ فلِهَذا افترقا.

***

(٦٣١): مَسْأَلَة

[في مهرِ المرأةِ تُسْلِمُ نفسَها ويخلو بها ولا يطأُها]

إذا تزوَّج بامرأةٍ وخَلَا بها، وتمكّنَ من الوَطءِ، ثم طلّقها قبلَ المَسِيسِ؛ فلا عِدّةَ عليها، ولا يَجِبُ لها المَهْرُ كاملًا، وإنَّما يَجِب لها نصفُه[4].

فأمّا إذا استأجر دارًا مدةً بأُجْرةٍ معلومةٍ وتَسلَّمها، وتمكّنَ من استيفاءِ المنفعةِ، فلم يَسْتوفِها حتى انقضَتِ المدةُ؛ استقرَّت الأُجرةُ عليه، وقام التَّمَكّنُ[5] من الاستيفاءِ مقامَ الاستيفاءِ[6]، فيُقال: ما الفرقُ بين هذا وبين النكاحِ؟ [ب ٩٦/ ب]

اعْلَمْ: أنَّ هذه المسألةَ من أحسنِ ما جاءَ من مسائلِ الفُروقِ، وهي أعظمُ حُجّةٍ للعراقيِّين[7] في مسألةِ الخُلْوةِ، ونحن نُفَرِّقُ بينهما، فنَقُول: هو أنَّ الخُلْوةَ لما لم تُوجِبْ كمالَ المَهْرِ في النكاحِ الفاسدِ؛ لم تُوجِبْه في النكاحِ الصحيحِ، وليس كذلك التَّمَكُّنُ من استيفاءِ المنفعةِ في عَقْدِ الإجارةِ، فإنَّه لمّا أَوْجبَ كمالَ الأُجْرةِ في الإجارةِ الفاسدةِ أَوْجَبَ جميعَها في الإجارةِ الصحيحةِ.

---

(١) انظر: «نهاية المطلب» ١٠/ ٤٦٤.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٢٩٢، ٢٩٣.

(٤) في (خ): (نصف المهر)، انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٨٥.

(٥) في (ب): (المتمكن).

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٦٦.

(٧) يعني أبا حنيفة وأصحابه، فهم يعتبرون الخلوة التامة في كمال المهر ووجوب العدة على أن لا تكون حين خلا بها حائضا أو صائما في رمضان أو محرمة بالحج أو بعمرة أو مريضة لا يستطاع أن يجامع مثلها أو رتقاء، فهو مصدّق في ادعائه عدم المسيس. انظر: «الأصل» للشيباني: ٤/ ٤٣٦، و«الحاوي الكبير»: ٩/ ٥٤٠.

وفرقٌ آخرُ: وهو أنَّ وقتَ الاستيفاءِ في الإجارةِ مُضَيَّقٌ، فإذا تَرَكَ استيفاءَ المَنْفعةِ في هذا الوقتِ، فلا يُحْمَلُ على أنَّه يَسْتَوفيها[١] في وقتٍ آخرَ، فلِهَذا كان تَرْكُه لذلك مع تمكّنِه منه بمنزلةِ الاستيفاءِ، وليس كذلك النكاحُ، فإنْ تَرَكَه بالوطءِ[٢] في هذا الوقتِ يجوزُ أن يَسْتوفيَه فيما[٣] بعد ذلك، لأنَّ الوقتَ فيه مُوَسَّعٌ[٤]؛ فلِهَذا افْترقا[٥].

[خ ١٦٠/أ]

وفرقٌ ثالثٌ: وهو أنَّ المنافعَ في الإجارةِ قد تَلِفَت في تلك المُدّةِ تحت يدِ المُستأجِرِ؛ فلهذا لَزِمَه كمالُ البَدَلِ[٦]، وليس كذلك في النكاحِ، فإنَّ منافعَ البُضْعِ بحالِها لم تَتْلَفْ؛ فلِهَذا لم يَجِبْ عليه البدلُ كاملًا، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٦٣٢): مَسْألة

[في وجوبِ المُتعةِ لغيرِ المدخولِ بها]

إذا سَمّى لها مَهْرًا، وطلّقها بعد[٧] الدّخولِ؛ وَجَب لها المَهْرُ والمُتْعةُ[٨] على أحدِ القولَيْن، فإذا طلّقَها قبل الدُّخولِ؛ فلا متعةَ[٩] لها.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ المَدْخولَ[١٠] بها وَجَب [لها][١١] المهرُ في مُقابلةِ العَقْدِ والتّسليمِ، والمُتْعةُ[١٢] في مُقابلةِ البدل والابتذالِ[١٣]، وغيرُ[١٤]

---

(١) في (خ): (مستوفيها).
(٢) في (خ): (الوطء).
(٣) في (ب): (فيها).
(٤) في (ب): (توسيع).
(٥) انظر «الحاوي الكبير»: ٩/ ٥٤٣.
(٦) في (ب): (اليد).
(٧) في (ب): (قبل).
(٨) في (ب): (والمنفعة).
(٩) في (ب): (منفعة).
(١٠) في (خ): (الدخول).
(١١) ساقط من (خ).
(١٢) في (ب): (والمنفعة).
(١٣) زيادة بعدها في (ب).
(١٤) في (خ): (في غير).

المدخولِ بها لم يُوجَدْ منها ابتذالٌ؛ فلِهذا لم تستحقَّ المُتعةَ[١]، فدلَّ على الفرقِ بينهما[٢].

***

(٦٣٣): مَسْألة

[في الخلعِ في حالِ الحيضِ]

ويجوزُ الخُلْعُ في حالِ الحَيْضِ والطُّهْرِ وهو مباحٌ فيهما جميعًا[٣]، **ويُفارِق** الطلاقَ حيث حُرِّم في حالِ الحَيْضِ، فإنَّ المرأةَ دخلَتْ في الخُلْعِ مع العِلْمِ بتطويلِ العِدّةِ عليهما[٤]؛ فلِهذا كان مُباحًا، وليس كذلك الطّلاقُ[٥].

***

(٦٣٤): مَسْألة

[فيما إذا خالَعَها على دينارٍ على أن يكونَ له الرجعةُ]

إذا خالَعها على دينارٍ على أن يكونَ له الرَّجْعةُ؛ **فالصحيحُ** من المذهَبِ: أنَّ الدينارَ مَرْدودٌ، ويَقَعُ الطلاقُ رَجْعِيًّا[٦].

فأمّا إذا قالَتْ له: طَلِّقْني على دينارٍ على أن يكونَ لي الرّجْعةُ فيه متى شِئْتُ، فمن أصحابِنا من قال: يكونُ الدِّينارُ مَرْدودًا، ويَجِب لها مَهْرُ المِثْلِ، ويَقَعُ الطلاقُ بائِنًا[٧].

والفرقُ بينهما: هو أنَّها إذا شَرَطَتْ أنَّ لها الرجوعَ، فقد شَرَطَت [ما

---

(١) في (ب): (المنفعة).

(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٧٥.

(٣) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٠.

(٤) في (خ): (عليها).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٨.

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٩٤.

(٧) في (خ): (ثانيا). يقصد ثانيا أنه يقع الطلاق بعد التزام مهر المثل من حيث الجمع لا الترتيب وعليه لاغرو في ذلك.

يُنافي](١) الخُلْعَ، وليس ذلك(٢) إليها، ومسألتُنا ليس كذلك؛ لأنَّه شَرَط شيئَيْن مُتَضادَيْن استحقاقَ الدينارِ، وثُبوتَ الرّجعةِ، فلِهذا أَسْقطنا(٣) أَحَدَ الشَّرطَيْن، وأَثْبتنا الشَّرطَ الآخرَ.

[ب ٩٤/ أ]
[خ ١٦٠/ ب]

***

(٦٣٥): **مَسْألة**

[في طلاقِ المختلعةِ، وعتقِ المكاتبِ]

المُخْتلِعةُ لا يلحقُها طلاقٌ بحالٍ، فلو قال [لها](٤): أنتِ طالقٌ لم يَلْحَقْها من ذلك شيءٌ(٥)، ولو قال لمُكاتَبِه: أنت حُرٌّ؛ عَتَقَ(٦).

والفرقُ بينهما: هو أنَّ قولَه للمكاتَبِ: «أنت حُرٌّ» يَتضمنُ إبراءَه من مالِ الكتابةِ؛ فلِهَذا قُلنا: يَعْتِقُ، وليس كذلك [قولُه](٤) المُخْتَلِعةُ: أنت طالقٌ؛ لأنَّ هذا إيقاعُ طلاقٍ، ومن شرطِه أن يُصادِفَ زَوْجِيّةً(٧)، والمُختلِعةُ غيرُ زوجةٍ، **ألا ترى** أنَّه لا يَصِحُّ ظِهارُه منها، ولا إيلاؤُه، فدلّ على الفرقِ بينهما(٨).

***

(٦٣٦): **مَسْألة**

[في انعقادِ صفةِ الطلاقِ، أو وقوعِه قبلَ النكاحِ]

لا تَنْعقِدُ صفةُ الطلاقِ قبلَ النكاح بحالٍ، وكذلك لا يَقَعُ الطلاقُ المباشرُ قبل النكاحِ(٩).

---

(١) في (خ): (ثانيا).
(٢) في (خ): (كذلك).
(٣) في (ب): (أسقطها).
(٤) ساقط من (خ).
(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ٢٩٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٠.
(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٨/ ٣٠١.
(٧) في (ب): (زوجته).
(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ١٩.
(٩) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩١.

فأمّا الوصيةُ والنَّذْرُ، فيَصِحُّ عقدُه في غَيْرِ[1] مِلْكٍ، لأنَّ الوصيةَ والنَّذرَ يَصِحُّ تعليقُه بالغَرَرِ والمجهولِ، **ألا تَرَى** أنَّه تَصِحُّ الوصيةُ بالمعدومِ مِثْل أن تقولَ: أَوْصَيْت لفلانٍ [بما تَحْمِلُ][2] هذه الشجرةُ؛ فلِهَذا جاز تعليقُه في غير مِلْك[3]، والطلاقُ بخِلافِه.

وأمّا إذا قال لأمتِه: كُلَّما ولَدَت ولدًا فهو حُرٌّ، فقد قال بعضُ أصحابِنا: إنَّ ذلك لا يجوزُ، كما لا يجوزُ عَقْدُ الطلاقِ قبل المِلْكِ، **والمذهبُ**: أنَّه يجوزُ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه وإنْ لم يكنْ مالِكًا لوَلَدِ الأمةِ في الحالِ، فهو مالِكٌ لأصلِه ولِمَا يقومُ مقامَه، وهو الأُمُّ، وليس كذلك في الطّلاقِ، فإنَّه غيرُ مالكٍ للمرأةِ، ولا لِمَا يقومُ مقامَها؛ فلِهَذا افْتَرقا[4].

***

(٦٣٧): مَسْأَلَةٌ

[فيما إذا قالت له: طلقني ثلاثًا بألفٍ، فطلَّقها واحدةً]

إذا قالت له: طَلِّقني ثلاثًا بألفٍ، فطلّقها واحدةً؛ استحقَّ ثُلُثُ الألفِ[5]، ولو قال لها: إن أعطيْتِني ألفًا، فأنت طالِقٌ ثلاثًا، فأعطَتْه ثُلثَ الألفِ، لم تُطلَّقْ شيئًا[6].

[خ ١٦١/أ]

والفرقُ بينهما: هو أنَّها في المسألةِ الأُولى أَخْرَجَت ذلك مَخْرجَ العِوَضِ؛ فلِهَذا تَقَسّطت الألفُ على عددِ الطلاقِ، فصار كالبيعِ، وليس كذلك في هذه المسألةِ، فإنَّه جَعَل ذلك شَرْطًا في وُقوعِ

---

(١) في (ب): (عين)، تصحيف.

(٢) في (خ): (بحمل).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٦.

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٩.

(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ٥١٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٢.

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٤٧.

الطّلاقِ الثلاثِ، ولم[١] يُوجَدْ ذلك الشّرْطُ، وإنَّما وُجِد بعضُه؛ فلِهذا لم يَقَعْ شيءٌ من الطلاقِ[٢].

***

(٦٣٨): مَسألة

[فيمَن يملِكُ واحدةً، فقالت طلقني ثلاثا بألفِ، فأجابها]

إذا كان يَمْلِكُ من زوجتِه طَلْقةً واحدةً، فقالَتْ [له][٣]: طَلِّقني ثلاثًا بألفٍ، فأجابها إلى ذلك، فما الحكمُ فيه ؟

من أصحابِنا[٤] من قال: يُنْظر فيه، فإن كانت المرأةُ لا تَعْلَمُ أنَّه قد بَقِي من طلاقِها واحدةٌ، لم يَجِبْ عليها إلَّا ثُلُثُ الألفِ، وإن كانت قد عَلِمت بذلك اسْتَحَقَّ [عليها][٣] الألفَ .

ومن أصحابِنا من قال: سَواءٌ عَلِمَتْ أو لم تعْلَم [بذلك][٥]، [فإنَّه][٣] يَسْتَحِقُّ عليها الألْفُ؛ لأنَّ معنى ذلك: طَلِّقْني الطلاقَ المُحرِّمَ.

---

(١) في (خ) : (ولو لم).

(٢) انظر : «البيان في مذهب الإمام الشافعي» : ١٠/ ٤٨.

(٣) ساقط من (ب) .

(٤) قال ابن الرفعة : (قال: وإن قالت: طلقني ثلاثا على ألف، أي: وهو يملك عليها الثلاث- فطلقها طلقة، استحق ثلث الألف؛ أي: سواء أعاد ذكر المال، أو اقتصر على الطلاق؛ لأن الخلع من جانبها معاوضة مشبهة بالجعالة، ولو قالت: رد عليّ عبيدي الثلاثة ولك ألف، فرد واحدًا؛ استحق ثلث الألف؛ فكذلك ها هنا، وليس كما لو قال الزوج ابتداء: طلقتك ثلاثًا على ألف، فقالت: قبلت واحدة بثلث الألف، فإنه لا يقع الطلاق؛ لأن الخلع من جانبه تعليق فيه شائبة المعاوضة، ومن شرط الوقوع بالتعليق حصول الصفة المعلق عليها، ومن شرط المعاوضة أن يوافق الإيجاب القبول، ولم يتحقق واحد من الشرطين. نعم: لو قبلت واحدة بألف، استحق الألف، ووقعت طلقة. وقيل: الثلاث، وهو اختيار القفال، والصحيح في النهاية.

وقيل: لا يقع شيء. وحكى أبو الفرج السرخسي في مسألة الكتاب: أنه إذا لم يعد ذكر المال، يكون الطلاق رجعيًا. وحكى الشيخ أبو علي وجها: أنها إذا سألت الثلاث، فطلق واحدة؛ لم يقع شيء وغلط ناقله. وحكى الحناطي وجهًا: أنه يرجع عليها بمهر المثل، والمذهب الأول). انظر «كفاية النبيه في شرح التنبيه» ١٣/ ٣٩٥.

(٥) ساقط من (خ) .

وقال المُزَنِيُّ: يَسْتحقُّ عليها [ثُلُثَ][1] الأَلْفِ[2]، ويكونُ ذلك في مقابَلَةِ هذه الطَّلْقةِ والطَّلقتَيْن التي قبلها.

قال: لأنَّ المقصودَ من ذلك [التَّحريمُ؛ لأنَّ][3] التَّحريمَ يَقَعُ بالطَّلاقِ الثلاث بهذه الطَّلْقةِ [وبالثِّنْتَيْن][4] قبلها، فكلُّ واحدٍ[5] لها جُزْءٌ[6] من التَّحْريمِ، [قال][1]: كما لو شَرِبَ عشرةَ أَقْداحٍ، فسَكِرَ بالعاشرِ[7]، لأنَّا لا نقولُ: إنَّه المُحرَّمُ وَحْدَه دون ما سِواه، كذلك هاهنا. [ب ٩٧/ ب]

قال أصحابُنا: هذا فاسِدٌ، **والفرقُ بينهما**: هو أنَّه لا تأثيرَ للطَّلْقةِ الواحدةِ والاثنتَيْن في وقوعِ التَّحْريمِ، وإنَّما التَّأثيرُ[8] في التَّحريمِ في الطَّلْقةِ الثالثةِ لا غيرَ، وليس كذلك فيما ذَكَره المُزَنِيُّ؛ لأنَّ لكُلِّ قَدحٍ جُزْءًا من التَّحريمِ، فانْضافَ[9] بعضُها إلى بعضٍ، فصار الكلُّ مُحرَّمًا، وكان السُّكْرُ موجودًا من شُرْبِ الجميعِ، فدلَّ على الفرقِ بينهما[10]، والله أعلمُ.

---

(١) زيادة ضرورية لموافقة ما أثبتته جميع المصادر من رأي المزني، وتابعه ابن خيران.

قال أبو إسحاق الشيرازي [في «المهذب»: ٢/ ٤٩٧]: وقال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يستحق إلا ثلث الألف علمت أو لم تعلم لأن التحريم يتعلّق بها وبطلقتين قبلها.

راجع المسألة في «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٤٨، ٤٩، و«نهاية المطلب» ١٣/ ٣٩٣، ٣٩٤، والوسيط: ٥/ ٣٤٥، والبيان: ١٠/ ٥٠، والتهذيب: ٥/ ٥٧٠.

(٢) ساقط من (ب)، انظر: «الأم»: ٦/ ٥١٧.

(٣) في (خ): (أنّ).

(٤) في (خ): (وبالتي).

(٥) كذا في النسختين.

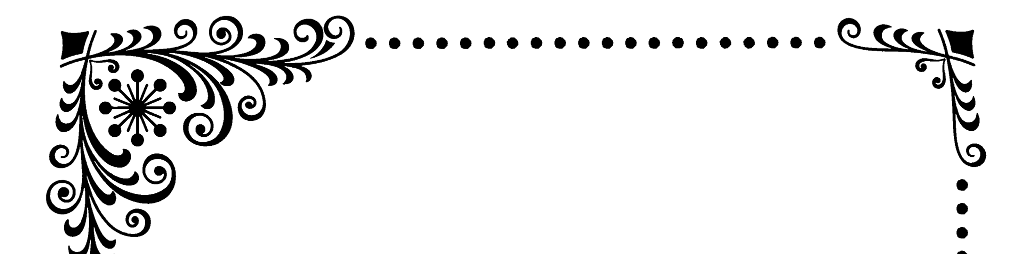
(٦) في (ب): (حق).

(٧) في (خ): (من العاشر).

(٨) في (خ): (البائن).

(٩) في (ب): (ما يضاف).

(١٠) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٩٧.



كتابُ الطلاقِ

[كتابُ الطلاقِ][1]

(٦٣٩): مَسْأَلَة

[في افتقارِ وقوعِ الطلاقِ للشهودِ]

لا يَفْتَقِرُ وقوعُ الطَّلاقِ إلى الشُّهودِ، وهو إجماعٌ [مِن][2] أهلِ العلمِ[3]، وذَهَب من لا يُعْتبَرُ[4] خِلافُه إلى أنَّ من شرطِه أن يطلّقها بحضرةِ شاهدَيْن، كما كان النكاحُ يَفتقرُ إلى الشُّهودِ، وهذا غَلَطٌ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الشهودَ إنَّما اشْتُرِطُوا في عَقْدِ النكاحِ طَلبًا للاحتياطِ وإثباتِ الفِراشِ؛ فلِهَذا كان شَرْطًا [في عَقْدِ النكاحِ][5]، كالوَلِي، وليس كذلك الطَّلاقُ؛ لأنَّه إزالةُ مِلْكٍ، فلم يَفْتَقِرْ إلى الشّهودِ، كالوَلِي.

***

(٦٤٠): مَسْأَلَة

[في طلاقِ الثلاثِ دفعةً واحدةً]

إذا طلّق امرأتَه ثلاثًا دَفعةً واحدةً، وَقَعْنَ، ولم يَفْعلْ مُحرَّمًا، وإنَّما فَعَلَ مكروهًا[6].

فإن قيل: أليس لو أَخَذَ سَبْعَ حَصَياتٍ، ورَماهُنّ دَفْعةً واحدةً؛ احْتُسِبَ بها حَصاةً واحدةً[7]، فهَلَّا كان هاهنا مِثْله؟

---

(١) في (خ): (مسائل الطلاق وغير ذلك).

(٢) ساقط من (خ).

(٣) انظر: مراتب الإجماع، لأبي محمد بن حزم: ١/ ٧٢، ونصه: (ولا نعلم خلافا في أن من طلّق، ولم يشهد أنّ الطلاق له لازم، ولكن لسنا نقطع على أنه إجماع)، و«الإقناع في مسائل الإجماع» لابن القطان: ٢/ ٣٢.

(٤) في (ب): (يعتد).

(٥) في (خ): (فيه).

(٦) انظر: «الأم»: ٦/ ٤٥٧، ٤٥٨.

(٧) انظر: «الأم»: ٣/ ٥٧٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٦٥.

قيل: ليس كذلك، **والفرقُ بينهما**: هو أنَّه أُخِذَ عليه في الجِمارِ أن يَرْمِيَ في كُلِّ جَمْرةٍ سَبعَ حَصَياتٍ مُتَفرقاتٍ، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ الطلاقَ مِلْكٌ للزوجِ فمَلَكَ إيقاعَه مُتفرِّقًا وجُمْلةً، كما لو قال لجماعةِ نسائِه: طَلَّقتُكُنَّ ثلاثًا، فإنَّ كلَّ واحدةٍ تُطَلَّق ثلاثًا، فلِهذا افترَقا.

***

(٦٤١): مَسألة

[في قوله: إذا حِضْتِ أو إذا حِضْتِ حَيضَةً؛ فأنتِ طالقٌ]

إذا قال لها: إذا حِضْتِ فأنتِ طالِقٌ؛ طُلِّقَت بأوّلِ رُؤيةِ الدّمِ، ولو قال لها: إذا حِضْتِ حَيْضةً، فأنتِ طالِقٌ؛ لم تُطلَّقْ حتى تَنْقَضيَ الحيضةُ[١].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ في المسألةِ الأُولَى عَلَّق [الطلاقَ][٢] بنَفْسِ رُؤْيةِ الدمِ؛ فلِهَذا قُلنا: [إنَّها][٣] تُطلَّق بأولِ جُزْءٍ منه، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّه علّقَه بوجودِ حيضةٍ، ولا تُوجَدُ الحيضةُ إلَّا بانقضائِها، فدلَّ على الفرقِ بينهما.

***

(٦٤٢): مَسألة

[إذا قال لزوجتِه: إذا حِضْتِ، فأنتِ طالقٌ، فقالت: قد حِضْتُ، فكذّبها]

إذا قال لزوجتِه: إذا حِضْتِ، فأنتِ طالقٌ، فقالت: قد حِضْتِ، فكَذّبها؛ كان القولُ قولَها [مع يمينِها][٤]، لأنَّ هذا الأمرَ[٥] لا يُمْكِنُ الوصولُ[٦] إليه إلّا من جِهَتِها[٧]؛ لأنَّها مُؤْتَمَنةٌ على ذلك.

---

(١) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٣.

(٢) ساقط من (خ).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) ساقط من (ب)، موافق لما في «المهذب».

(٥) في (خ): (أمر).

(٦) في (خ): (التوصل).

(٧) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٤.

وبهذا يُفارِقُ إذا قال لزوجتَيْه: إذا حِضْتُما، فأنتما طالقتان، فقالتا: قد حِضْنا، [فكذَّبهما][1]؛ كان القولُ قولَه، لأنَّه هاهُنا قد جَعَلَ حَيْضَ كلّ واحدةٍ شرطًا في وقوعِ الطلاقِ على صاحبتِها؛ فلِهَذا لم يُقْبل قولُها[2] في حَقِّ غيرِها[3]، وإنَّما يُقْبلُ قولُ كلِّ واحدةٍ في حقِّ نفسِها، فيكونُ قد وُجِدَ بعضُ الشَّرْطِ[4].

[خ ١٦٢/أ]

***

(٦٤٣): مَسْألة

[فيما إذا قال لزوجتَيْه: إن حِضْتُما حَيْضَةً، فأنتما طالِقتان]

إذا قال لزوجتَيْه: إن حِضْتُما [حَيْضَةً][5]، فأنتما طالِقتان، فمن أصحابِنا من قال: هذا شَرْطٌ مُحالٌ؛ لأنَّه عَلّق طلاقَها بوجود حَيْضةٍ واحدةٍ فيهما، وهذا لا يُوجَدُ[6]، بخِلاف ما لو قال: إذا وَلَدْتُما ولدًا؛ فأنتُما طالِقتان؛ لأنّ ذلك ليس بشَرْطٍ مُحالٍ[7].

[ب ٩٥/أ]

***

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (قولهما)، المثبت موافق لما في ««الحاوي الكبير»»، و«المهذب».

(٣) في (ب): (غيرهما)، المثبت موافق لما في ««الحاوي الكبير»»، و«المهذب».

(٤) انظر: التلخيص، لابن القاص، ص: ٥١٧، و«الحاوي الكبير»: ١٠/ ١٣٧، و«المهذب» ٣/ ٢٤.

(٥) ساقط من (خ)، والمثبت موافق لما في «المهذب».

(٦) انظر: التلخيص، لابن القاص، ص: ٥١٨.

وحكى الشيرازي والجويني في المسألة وجها آخر: أنهما إذا حاضتا وقع الطلاق؛ لأن الذي يستحيل هو قوله: حيضة، فيلغى لاستحالتها، ويبقى قوله: إن حضتما، فيصير كما لو قال: إن حضتما، فأنتما طالقتان. انظر: «المهذب» ٣/ ٢٤، و«نهاية المطلب» ١٤/ ٢٧٩، ٢٨٠، وصححه النووي في «روضة الطالبين»: ٨/ ١٥٨].

(٧) وهذا القول محكي عن المزني رَحِمَهُ اللَّهُ، انظر: «الحاوي الكبير» ١٠/ ١٣٩، و«روضة الطالبين» ٨/ ١٥٣.

(٦٤٤): مسألة

[في قوله لامرأتِه: إذا ولدت فأنتِ طالقٌ، فقالت: قد وَلَدْتُ، فكذّبها]

فإن قال لامرأتِه: إذا وَلَدْتِ فأنتِ طالِقٌ، فقالت: قد وَلَدْتُ، فكَذَّبها الزوجُ؛ لم يُقبل منها إلَّا ببيِّنةٍ[١]، لأنَّ إقامةَ البيِّنةِ على الولادةِ مُمْكِنٌ.

ويُفارِقُ هذا إذا قال لها: إذا حِضْتِ؛ فأنتِ طالقٌ، فقالَتْ: قد حِضْتُ، وكذّبها، فإنَّ القولَ قولُها مع يمينِها[٢]، لأنَّه لا يُمْكِنُ إقامةُ البيِّنةِ على ذلك، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٦٤٥): مسألة

[في قوله لزوجتِه: أنا منك طالقٌ، ولأَمَتِه: أنا منك حُرٌّ]

إذا قال لزوجتِه: أنا منكِ طالِقٌ، ونَوَى طلاقَها؛ طُلّقت.

ولو قال [لأَمَتِه][٣]: أنا منك حُرٌّ، ونوى عِتْقَها؛ عَتَقَت في قولِ أبي علي ابن أبي هريرةَ، وقال غيرُه من أصحابِنا: لم تَعْتِقْ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الطلاقَ حَلٌّ للنكاحِ[٤]، والنكاحُ [تَصِحُّ إضافتُه إلى][٥] كلِّ واحدٍ [من][٦] الزوجَيْن، فلِهَذا جاز إضافةُ حَلِّه إلى كلِّ واحدٍ منهما، وليس كذلك الحريةُ، فإنَّها حَلٌّ للمِلْكِ، والمِلْكُ لا تَصِحُّ إضافتُه إلى السيدِ، فلِهذا لم يصِحَّ إضافةُ حَلِّه إليه[٧]، فبانَ الفرقُ بينهما.

***

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ١٥٦.

(٢) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٤.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) حلّ العقدة يحلّها حلاً: فتحها ونقضها فانحلّت. والحلّ: حلّ العقدة. «لسان العرب»: ١١/ ١٦٩. قلت: فحلّ للنكاح؛ أي: نقض لعقدة النكاح الموثوقة بين الزوجين.

(٥) في (خ): (يصحّ إضافة).

(٦) ساقط من (خ).

(٧) انظر: «المهذب» ٣/ ٨، ٩، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٨٧.

(٦٤٦): مَسْأَلَة

[إذا نوى بالظهارِ عِتْقَ أمتِه]

إذا قال لأَمتِه: أنتِ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي، ونَوَى عِتْقها؛ لم تَعْتِقْ، هذا هو الظاهرُ[١]، ولو قال: لها أنتِ طالِقٌ، ونَوَى عِتْقها؛ عَتَقَت[٢].

[خ ١٦٣/ ب]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الطلاقَ إزالةُ مِلْكٍ[٣]؛ فلِهذا جازَ أن يكونَ كنايةً في العِتْقِ، وليس كذلك الظِّهارُ، فإنَّه لا يُزيلُ المِلْكَ[٤]، وإنَّما يُوجِبُ التحريمَ، فلِهذا لم يَجُزْ أن يكونَ كنايةً في العِتْقِ، فدلَّ على الفرقِ بينهما.

***

(٦٤٧): مَسْأَلَة

[فيما إذا قال لها: اختاري نفسَك، ثم رَجَع قبل أن تختارَ]

إذا قال لها: اخْتارِي نفسَك، ثمَّ رَجَعَ قبل أن تَخْتارَ؛ صحَّ رجوعُه.

وقال ابن خَيْرانَ: لا يَصِحُّ رجوعُه، كما لو قال: أنتِ طالِقٌ إن دخلْتِ الدارَ، وهذا ليس بشيءٍ[٥].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ قولَه: أنتِ طالِقٌ إن دخلْتِ الدارَ- قد عَلّق الطلاقَ فيه بشرطٍ؛ فلِهَذا لم يَصِحَّ رجوعُه، وليس كذلك في مسألةِ الاختيارِ؛ لأنَّ ذلك [توكيلٌ منه][٦] لها؛ فلِهذا صحَّ رجوعُه، فبان الفرقُ بينهما.

***

---

(١) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٦٨.

قلت: استظهر الجويني [في «نهاية المطلب»: ١٤/ ٧٠]: عتقها، وصححه النووي [في «روضة الطالبين»: ٨/ ٢٧].

(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٦، و«الحاوي الكبير»: ١٠/ ١٦٤.

(٣) في (خ): (الملك).

(٤) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ٣٢٢.

(٥) انظر: «نهاية المطلب» ١٤/ ٨٣، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٨٠.

(٦) في (ب): (توكيد فيه).

(٦٤٨): مسألة

[في قولِه لامرأتِه: بُضعُك عليَّ حرامٌ]

إذا قال لزوجتِه: بُضْعُكِ عليَّ حرامٌ؛ لَزِمَه كفارةُ اليمينِ، قال أصحابُنا: ويُقال له: صِبْها[١]، وكفِّرْ[٢].

ويُفارِق [هذا][٣] إذا تَظاهَرَ من امرأتِه حيث قُلنا: لا يجوزُ أن يَقربَها قبل التكفيرِ: هو أنَّ قولَه: بُضْعُك عليَّ حرامٌ- يمينٌ، فلِهَذا قُلنا: يجوزُ [له][٤] أن يَفْعَلَ الفِعلَ قبل التكفيرِ[٥]، وليس كذلك الظِّهارُ[٦] فإنَّه يَجِبُ تحريمُها، وقد [أَوَقَع فيها تَحْريمًا][٧]؛ فلِهذا لم يَرْتفعْ إلَّا بعدَ التكفيرِ، فلأَجْلِ هذا جاء النصُّ بالتكفيرِ فيه قبل المَسِيسِ.

***

(٦٤٩): مسألة

[في الطلاقِ المُعلَّقِ بصفةٍ]

إذا قال لزوجتِه: إذا طلقْتُك؛ فأنتِ طالِقٌ، ثمّ قال: إن دخلْت الدارَ؛ فأنتِ طالِقٌ، ثم دخلَت الدارَ؛ طُلّقت طلْقتَيْن؛ طَلْقةً لدُخولِ الدارِ، وطَلْقةً لوجودِ[٨] الصفةِ[٩].

ويُفارِقُ هذا إذا قال لها ابتداءً: إن دخلْتِ الدارَ؛ فأنتِ طالقٌ، ثُمّ قال [لها][٣]: إن طلقْتُكِ فأنتِ طالقٌ، ثُمّ دخلَت الدارَ، طُلّقت طَلْقةً

[ب ٩٨/ ب]
[خ: ١٦٣/ أ]

---

(١) صاب - من باب باع- لغة في أصاب. انظر: «مختار الصحاح»، ص: ١٨٠.
(٢) حكاه المزني عن الشافعيّ في «الإملاء»، انظر: المختصر: ٨/ ٢٩٧.
(٣) ساقط من (خ). (٤) ساقط من (ب).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ١٨٦، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ١٠٣.
(٦) في (خ): (الطهارة)، تصحيف من ناسخه. (٧) في (ب): (وقع فيها تحريمها).
(٨) في (خ): (بوجود). (٩) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٧.

واحدةً؛ لأنَّه هاهنا عَقَدَ الصفةَ قبل وجوبِ اليمينِ، وفي المسألةِ قبلها أَوْجَبَ الصفةَ قبل وُجودِ[1] الشَّرْطِ[2].

***

[قولُه :إذا وَقَع عليك طلاقي؛ فأنتِ طالقٌ، ثم قال لها أنتِ طالقٌ]

(٦٥٠): **مَسألة**

إذا قال لها: إذا وَقَعَ عليك طلاقي؛ فأنتِ طالِقٌ، ثُمّ قال لها: أنتِ طالِقٌ؛ وَقَعَ عليها طَلْقتان؛ طَلْقة بالمُباشَرةِ، وطَلْقة بوجود الصفةِ، ولو قال لها: كُلّما وَقَعَ عليك طلاقي؛ فأنْتِ طالِقٌ، ثم قال لها: أَنْتِ طالِقٌ؛ طُلّقت ثلاثًا.

والفرقُ بينهما: أنّ «كُلّما» تَقْتضي التَّكرارَ؛ فلهذا وَقَعَتْ عليها ثلاثًا[3]، وليس كذلك[4] قوله «إذا»؛ لأنَّ ذلك لا يَقْتضي التَّكرارَ؛ فلِهذا افْترقا[5].

***

[في بيانِ الحروفِ التي يُعلَّقُ بها الطلاقُ]

(٦٥١): **مَسألة**

الكلامُ في هذه المسألةِ في بيانِ الحُروفِ التي يُعلَّق[6] الطلاقُ بها، وبيان أحكامِها وهي سبعة: «إنْ»، و«إذا»، [و«متى»][7]، و«متى ما»، و«أَيُّ حِينٍ»، و«أَيُّ وَقْتٍ»، و«أَيُّ زَمانٍ»، ولها ثلاثةُ أحكام:

[الحُكْمُ][8] الأولُ: أنَّه متى عُلِّق الطلاقُ فيها بشَرْطٍ؛ كان موقوفًا على ذلك الشَّرْطِ، فإذا وُجِدَ الشَّرْطُ؛ وَقَع الطلاقُ، وذلك مِثْلُ أن

---

(١) في (ب) : (دخول). (٢) انظر : «الحاوي الكبير» : ١٠/ ٢٠٢.

(٣) في (خ) : (ثلاث). (٤) في (خ) : (كلّ)، تصحيف.

(٥) انظر : «الحاوي الكبير» : ١٠/ ٢٠٥، ٢٠٦، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي» : ١٠/ ١٦٨، و«روضة الطالبين» ٨/ ١٣٠.

(٦) في (ب) : (يتعلق). (٧) ساقط من (ب) . (٨) ساقط من (خ) .

يقولَ: إن دخلْتِ الدارَ، وإذا دخلْتِ الدارَ، [أو متى دخلْتِ الدارَ، أو متى ما دخلْتِ الدارَ](١)، وأيُّ حينٍ، أو أَيُّ وَقْتٍ، أو أيُّ زمانٍ دخلْتِ الدارَ؛ فأنتِ طالقٌ.

الفصلُ الثاني: أن يَدْخُلَ في ذلك عَطِيةٌ، أو ما في معناها، فإنَّه لا خِلافَ أَنَّ ما عَدَا «إنْ» و«إذا»، فعَلَى التّراخِي؛ مِثْل أن يقولَ: متى أَعْطيتَني [عَطِيةً](٢)، أو متى ما، أو أَيُّ وَقْتٍ، أو أيُّ زَمانٍ، أو أَيُّ حينٍ أَعْطَيْتِني ألفًا، فأنتِ طالِقٌ [فهذا](٢) على التَّراخي، فأَيُّ(٣) وَقْتٍ وُجِدَتِ العَطِيةُ؛ وَقَعَ الطلاقُ.

وأمّا «إنْ» و«إذا»، فعلى الفَوْرُ، فإذا قال لها: إنْ أعطيْتِني [أو إذا أعطيْتِني ألفًا؛ فأنتِ طالِقٌ](٤)، فهذا على الفورِ إن وُجِدَتِ العَطِيّةُ عُقَيْبَ اللفظِ وَقَع الطلاقُ، وإن تَأَخّر ذلك بَطَلَتِ الصفةُ. [خ ١٦٣/ ب]

الحُكْمُ الثالِثُ: أن يَدخلَ في ذلك حَرْفُ إن لم(٥) فإنَّه إذا وُجِد

---

(١) في (خ): (ومتى ما).

(٢) ساقط من (خ).

(٣) في (خ): (أي).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) قال المزنيّ رحمه اللّه تعالى ألطف الشّافعيّ في وقت إيقاع الطّلاق فلم يوقع إلاّ واحدة، ولو قال: »أنت طالق إذا لم أطلّقك أو متى ما لم أطلّقك» فسكت مدّة يمكنه فيها الطّلاق طلقت، ولو كان قال: «أنت طالق إن لم أطلّقك» لم يحنث حتّى نعلم أنّه لا يطلّقها بموته أو بموتها.

قال المزنيّ رحمه اللّه تعالى: فرّق الشّافعيّ بين «إذا» و«إن» فألزم في «إذا» إذا لم يفعله من ساعته ولم يلزمه في «إن» إلّا بموته أو بموتها. انظر «مختصر المزني» على حاشية على كتاب «الأم» للشافعي ٨/ ٢٩٧.

قال ابن فارس: (وأمّا قوله في الفرق بين «إذا» و«إن» إذا قال لها: أنت طالق إن لم أطلّقك، أو إذا لم أطلّقك، فالفرق بينهما، أنّ «إن» لا يكون إلاّ فيما يشكّ في كونه، و«إذا» لا يكون إلاّ فيما لا يشكّ فيه، ولكن يكون وقته مشتبها، ألا ترى أنّ الله جلّ ثناؤه يقول: ﴿إِذَا ٱلسَّمَآءُ ٱنشَقَّتۡ﴾. فهذا لا يجوز مكانه «إن السماء انشقّت» لأنّ السماء تنشقّ لا محالة، فعلى هذا يجري هذا الباب). انظر «حلية الفقهاء» ١٧٣،

وانظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢١٠، و«البيان في مذهب الشافعي»: ١٠/ ١٧٢.

ذلك؛ فلا خِلافَ أنَّ ما عدا «إنْ» و«إذا» يكون على الفَوْرِ؛ مِثْلُ قولِه: متى لم تُعْطِني، [أو متى لم تُعْطِيني أو متى ما لم تُعْطِيني][1]، وعلى هذا فَقِسْهَا[2]، فهذا[3] إن وُجِدَت العَطِيةُ عُقَيْبَ اللَّفظِ وَقَع الطلاقُ، وإن تأَخّرَ ذلك بَطَلَتِ الصّفةُ.

وأمّا «إنْ» و«إذا»، فقال الشافعيُّ رحمةُ اللهِ عليه: «إذا» للفَوْرِ، و«إنْ» للتّراخي[4].

واختلف أصحابُنا في ذلك على وجهَيْن، فمنهم من نَقَل [جوابَه في][5] إحدى المسألتَيْن إلى الأُخْرى، وخَرّجَها[6] على قولَيْن.

ومنهم من أَجْرى المسألتَيْن على ظاهرِهما، وفَرَّق بينهما، فقال: «إنَّ» للفِعلِ ومتى[7] لم يُوئسَ من الفِعْل فالزّوْجِية[8] بحالِها[9]، والصفةُ صحيحةٌ، وإذا أُويِسَ من الفِعْل؛ [[10]بطَلَتِ الصفةُ.

وليس كذلك «إذا» فإنَّها للزّمانِ، فإذا مَضَى عُقَيْبَ اللّفْظِ جُزْءٌ يُمْكنُ وجودُ الفعلِ فيه ولم يُوجَدْ؛ حَكَمْنا والمخالفةُ[11]؛ فلِهذا افْترَقا.

وفرَّق أبو إسحاقَ، فقال: لَفْظَةُ «إنْ» تُسْتعمَلُ فيما يُظَنُّ وجودُه لا فيما يُتحقَّقُ، ألا تَرَى أنَّك تقولُ: إذا طلعَتِ الشمسُ؛ فأنتِ طالقٌ، ولا

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (خ): (نفسها).
(٣) في (ب): (هذا).
(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٧.
(٥) ساقط من (خ).
(٦) في (ب): (وفرقهما).
(٧) في (خ): (فيها ما).
(٨) في (خ): (فالزوجة).
(٩) في (ب): (تحالفا).
(١٠) بداية سقط من (ب).
(١١) كذا في الأصل.

تقولُ: إن طلعت، وتقولُ: إن دخلتِ الدارَ؛ فأنتِ طالقٌ، فإذا قال: إذا لم أُطَلِّقْكِ، فأنت طالِقٌ؛ فقد حقّقَ إيقاع الطلاقِ، وليس كذلك «إن»[١].

***

[في قولِه: إن حَلَفْت بطلاقِك؛ فأنتِ طالقٌ، ثم قال: إن كَلّمْت أباك، فأنتِ طالقٌ]

(٦٥٢): مَسْألَة

قال أبو العباسِ في تفريعِه[٢]: إذا قال لها: إن حَلَفْتُ بطَلاقِكِ؛ فأنتِ طالقٌ، ثم قال: إن كلمْتِ أباكِ، فأنتِ طالقٌ؛ فهو حالِفٌ، ويَقَعُ الطلاقُ بوجودِ الصّفةِ، ولو قال لها: إذا طَلَعَتِ الشمسُ، أو إن جاء رأسُ الشهرِ، فأنتِ طالقٌ؛ لم يكنْ ذلك يمينًا.

[خ ١٦٤/أ]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ اليمينَ ما قُصِد بها الامتناعُ من شيءٍ، أو إيجادُ شيءٍ من جِهَةِ الحالفِ أو المحلوفِ عليه، وليس كذلك إذا طلعَتِ الشمسُ؛ لأنَّ ذلك ليس[٣]] إليهما[٤] ولا فِعْل لهما[٥] فيه، لأنَّ طُلوعَ الشّمسِ كائنٌ سِواءٌ حَلَف، أو لم يَحْلِف؛ فلِهذا افْتَرقا[٦].

***

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ١٧٣.

ولأبي المعالي الجويني رَحِمَهُ اللَّهُ كلام في هذا الفصل ماتع، راجعه في «نهاية المطلب»، أنقل منه قوله: (ولا يستقل بمعرفة الفرق بين «إن» و«إذا» من لم يفهم طرفا يتعلّق بهذا الفصل من العربية، فنقول: «إذا» ظرف زمان، وهو اسم مشعر بالزمان، وكذلك «متى» و«متى ما»، و«إن» حرف، وليس بظرف، وليس اسما للزمان. فإذا قال القائل: إذا لم أطلّقك -فمعناه: أيّ وقت لم أطلقك-؛ فأنت طالق، فقد علّق طلاقها بوقت لا يطلّقها فيه، فإذا مضى وقت لم يطلّقها فيه، فقد وجدت الصّفة التي علّق الطلاق بها، و«إن» ليس اسما لوقت، وإنما هو حرف مسترسل على الاستقبال، لا إشعار فيه بزمان. هذا هو الفرق). بنصّه من «نهاية المطلب»: ١٤/ ١٢٨.

(٢) قال الشيرازي عن أبي العباس بن سريج [في «طبقات الفقهاء»: ١/ ١٠٩]: (وفرّع على كتب محمد بن الحسن).

(٣) نهاية السقط من (ب). (٤) في (خ): (إليها). (٥) في (خ): (لها).

(٦) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٩، «نهاية المطلب» ١٤/ ٢٩٥، و«روضة الطالبين» ٨/ ١٦٧.

[في طلاق المكره والمولي]

(٦٥٣): مَسْأَلَة

طلاقُ المُكْرَه لا يَقَعُ عندنا إذا وُجِدت فيه شرائطُ الإكراهِ[١].

ويُفارِق المُولِي إذا انْقَضَت مُدّة الإيلاءِ، وامْتَنَع من الفَيْئةِ حيث [ب ٩٩/ أ] قُلنا: إنَّ الحاكمَ يُجْبِرُه على الطلاقِ، ويَقَعُ ذلك: هو أنَّ المُوْليَ لَفَظ لفظًا[٢] حُمل عليه بحَقٍّ؛ فلِهذا وَقَع، وليس كذلك الإكراهُ، فإنَّه حُمِل عليه بغيرِ حَقٍّ؛ فلِهَذا لم يَقَعْ.

فأمّا إذا أُكْرِهَتِ امرأةٌ على إرضاعِ صَبِيٍّ فأَرْضَعته؛ انْتَشرت الحُرْمةُ.

---

(١) انظر : «مختصر المزني» :٨/ ٢٩٨.

قال العمراني : وقولنا: «بغير حق» احتراز من المولى إذا أكرهه الحاكم على الطلاق.

إذا ثبت هذا: فلا يكون مكرهًا حتى يكون المكره له قاهرًا له لا يقدر على الامتناع منه، وأن يغلب على ظنه أنه إذا لم يطلق فعل به ما أوعده به.

فإن أوعده بالقتل أو قطع طرف، كان ذلك إكراهًا. وإن أوعده بالضرب أو الحبس أو الشتم أو أخذ المال، فاختلف أصحابنا فيه: فقال أبو إسحاق: إن ذلك لا يقع به الإكراه. وقال عامة أصحابنا وهو المذهب : إن أوعده بالضرب والحبس والشتم، فإن كان المكره من ذوي الأقدار والمروءة ممن يغض ذلك في حقه؛ كان إكراها له؛ لأن ذلك يسوؤه. وإن كان من العوام السخفاء لم يكن ذلك إكراهًا في حقه؛ لأنه لا يبالي بذلك.

وإن أوعده بأخذ القليل من ماله مما لا يتبين عليه لم يكن إكراهًا، وإن أوعده بأخذ ماله أو أكثره كان مكرهًا، وإن أوعده بإتلاف الولد فهل يكون إكراهًا؟ فيه وجهان، حكاهما المسعودي في «الإبانة» . وإن أوعده بالنفي عن البلد، فإن كان له أهل في البلد كان ذلك إكراهًا، وإن لم يكن له أهل. ففيه وجهان. أحدهما: أنه إكراه؛ لأنه يستوحش بمفارقة الوطن. والثاني: ليس بإكراه؛ لتساوي البلاد في حقه. هذا مذهبنا. وقال أحمد في إحدى الروايتين: (ما أوعده به.. فليس بإكراه؛ لأنه لم ينله ما يستضر به) .

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد، فأما ما فعله به، فلا يمكن إزالته). انظر «البيان في مذهب الشافعي» : ١٠/ ٧١، ٧٢، وانظر : «روضة الطالبين» ٨/ ٥٦.

(٢) في (خ) : (بلفظ).

والفرقُ بينهما: أنَّ ذلك إكراهٌ على فِعْلٍ؛ فلِهذا تَعلّق به الحُكْمُ، وليس كذلك الطلاقُ، فإنَّه إكراهٌ على قولٍ، فشابَهَ [الإكراهَ على][1] الإقرارِ بإيقاعِ الطّلاقِ، فإنَّه لا يَتعلّق به حُكْمٌ بالاتفاقِ، فدلَّ على الفَرْق بينهما.

***

[فيمن طلّق عضوًا من أعضاءِ امرأتِه]

(٦٥٤): مَسْأَلة

إذا قال لها: يدُك طالقٌ، أو[2] رجلُك [طالِقٌ][3] أو رأسُك طالِقٌ؛ طُلِّقَت جميعُها[4]، ولو قال [لها][5]: حَمْلُك طالقٌ أو دَمْعُك، وما أشبه ذلك كالرِّيقِ والعَرَقِ[6]؛ لم تُطَلَّق.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا قال: شعرُك طالِقٌ، أو يدُك طالقٌ، فقد أشارَ بالطَّلاقِ إلى ما هو مُتّصِلٌ بها اتِّصالَ الخِلْقَةِ؛ فلِهذا طُلِّقت، وليس كذلك الدّمْعُ والحَمْل؛ لأنَّه ليس مُتّصِلًا به اتّصالَ الخِلْقة؛ فلِهذا لم تُطلّق؛ فدلّ على الفرقِ بينهما[7].

***

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (خ): (و).

(٣) ساقط من (خ).

(٤) انظر: «الأم»: ٦/ ٤٧٥، «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٨.

(٥) ساقط من (خ).

(٦) في (خ): (كالرتق والقرن)، قال ابن الرفعة: (ولو أضاف الطلاق إلى المعاني القائمة بالذات: كالسمع، والبصر، والكلام، والضحك، والبكار، والغم والفرح، والسكون، والحركة- لم يقع). انظر «كفاية النبيه في شرح التنبيه» ١٣/ ٤٧٦.

وكلام المصف بقوله :(كالرتق والقرن) الظاهر أنه كقول ابن الرفعة والبكار لأنه وصف عندهم غير لازم، وما في الأصل موافق لما في «البيان» للعمراني، و«منهاج الطالبين»: ١٩/ ٤٦٨.

(٧) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٨٥، ٨٦.

[فيما إذا قال: بعتك يدَ جاريتي أو رأسَها، أو أوصيتُ لك برأسِها]

(٦٥٥): **مَسألة**

إذا قال: بِعْتُك يدَ هذه الجاريةِ أو رأسَها، أو أَوْصَيْتُ [لك][1] برأسِها أو يدِها؛ لم يَصِحّ ذلك.

ويُفارِقُ الطلاقَ؛ لأنَّ الطلاقَ مَبْنيٌّ على التّغليبِ والسِّرايةِ؛ فلِهذا [كان][1] تعليقُه بالجزءِ منها كتعليقِه بالجُمْلةِ، وليس كذلك في البيعِ والوصيةِ؛ لأنَّه لم يُبْنَ على التَّغْليبِ والسِّرايةِ.

[خ ١٦٤/ب]

يُوضّحُ صحةَ ذلك: أنَّه لو قال: جُزْؤُكِ أو ربعُك[2] طالقٌ؛ طُلّقت، ولو قال: بِعْتُكَ جزءًا من أَمَتي؛ لم يَصِحَّ [البيعُ][3]؛ فلِهذا بان الفرقُ بينهما[4].

***

[فيمن قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ واحدةً، لا بل اثنتين]

(٦٥٦): **مَسألة**

إذا قال: أنتِ طالقٌ واحدةً، لا بل ثِنْتَيْن؛ طُلّقت ثلاثًا، ولو قال له: عليَّ درهمٌ، لا، بل دِرْهمان؛ لَزِمه دِرْهمان، ذَكَر ذلك أبو العباسِ في تَفْريعِه[5].

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (دمعك)، هذا الذي في (ب) يخرّج على أنه وجه ضعيف في المذهب، قال الرُّوياني: (لو قال: ريقك أو دمعك أو لبنك أو منيك أو دمك طالق؛ لا يقع الطلاق لأنه لا يتصل بها اتصال الحلقة وإنما البدن وعاء له، وقال القفال: فيه وجهان قال: والصحيح عندي أنه لا يقع إلا في دمك فإنه يقع قال: وكذلك إذا قال: روحك طالق يقع على قياس قول غيره لا يقع، وقيل: إن اللبن والمني كالدم يقع الطلاق بالإضافة إليه وجهًا واحدًا، والوجهان في الدمع والريق وهذا ليس بشيء. وقال ابن أبي ليلى: يقع الطلاق بالإضافة إلى الريق وإلى كل ما في بدنها). انظر «بحر المذهب» ١٠/ ١١٦.

وما في (خ) موافق لما في «الحاوي الكبير»، و«تهذيب» البغوي.

(٣) ساقط من (خ).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٤١، «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٦/ ٨٤.

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٢٢، ٢٢٣.

وفَرّق بينهما: بأَنْ قال: هو أنَّه في الإقرارِ إخْبارٌ، فيُحْتمَلُ أن يكونَ أرادَ بقولِه: لا، بَلْ دِرْهمان- رجوعًا عن الأولِ.

ويُحتملُ أن يكونَ أرادَ زيادةً على الأولِ، فإذا احْتُمل هذا وهذا؛ لم يَلْزمْه بالشّكِّ شيءٌ، فلِهَذا قُلنا: عليه دِرْهمان، وليس كذلك الطّلاقُ، فإنَّه إيقاعٌ؛ فلِهَذا أَلْزمناه ثلاثَ تَطْليقات؛ فبانَ الفرقُ بينهما.

***

(٦٥٧): مَسْأَلَةٌ

[فيما إذا أبانها في مرضِ موتِه، هل تَرِثُه؟]

إذا أبانَ زوجتَه في مَرَض موتِه، وماتَ، فهل تَرِثُه، أم لا؟ فيها[١] قولان.

قال في **القديمِ**: تَرِثُه، وبه قالت الفقهاءُ، ومن[٢] الصحابةِ عثمانُ وعليٌّ رضي الله عنهما وغيرُهما[٣].

وقال في **الجديدِ**: لا تَرِثُ، وهو الصحيحُ[٤].

فإذا تَقَرَّر هذا، فإن سألَته المرأةُ أن يُخالِعَها في مرضِه، فخالعَها، ومات لم تَرِثْه قولًا واحدًا[٥].

والفرقُ [بينهما][٦]: هو أنَّها إذا سألَتْه الطلاقَ؛ فهو غيرُ مُتّهَمٍ في أنَّه قَصَدَ حِرمانَها الإِرْثَ [في ذلك][٧]؛ فلِهذا وَرِثَتْه[٨].

---

(١) في (ب): (فيه).

(٢) في (ب): (و).

(٣) مسند الشافعي: ٣/ ١٥٠، ٣/ ١٢٥، ومصنف عبد الرزاق: ٦/ ٣٤٠، والسنن الكبرى: ٧/ ٤١٩.

(٤) انظر: «الأم»: ٦/ ٥٧٢، ٥٧٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٨، ٢٩٩

(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ٥٠٩، و«الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٦٣.

(٦) ساقط من (ب).

(٧) ساقط من (خ).

(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٦٧.

[فيما إذا علّق طلاقَها في مرضِ موتِه بصفةٍ ففعلَتْها]

فإن عَلّق طلاقَها في مرضِه بصفةٍ، وفَعَلَتْ تلك الصفةَ، ومات، فهل تَرِثُه، أم لا؟

يُنْظَرُ فيه، فإن عَلّقها بصفةٍ لها [بُدٌّ من](١) وُجودِها؛ مِثْلِ أن يقولَ: إن كلمْتِ أباك؛ فأنتِ طالِقٌ، فكلمَتْه؛ لم تَرِثْه.

[خ ١٦٥/أ]

[وإن عَلّقها بصفةٍ لا بُدَّ لها من وجودِها، ففَعَلَتْها؛ ورثَتْه](٢) على أحدِ القولَيْن؛ مِثْل أن يقولَ: إن صَلَّيْتِ، فأنت طالِقٌ، فصلَّتْ؛ طُلّقت ووَرِثَته.

[ب ٩٩/ب]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ فِعْلَ الصلاةِ لا بدّ لها منه؛ فهي غيرُ مُتّهَمةٍ في ذلك؛ فلِهذا(٣) وَرِثَته، وليس كذلك في المسألةِ قبلها؛ لأنَّها(٤) ليسَتْ بمُضْطَرّةٍ إلى كلامِ أبيها؛ فلِهذا كانت مُتّهَمةً، فلم تَرِثْه.

فإن قَذَفَها ولَاعَنَها؛ لم تَرِثْه(٥)، **ويُفارِقُ الطلاقَ**؛ لأنَّ اللِّعانَ يَنْفِي النَّسَبَ ويُوجِبُ التحريمَ على التأبيدِ؛ فلِهَذا لم تَرِثْ، والطلاقُ بخِلافِه(٦).

وأمّا إذا طَلَّقها وهي مريضةٌ، وماتَتْ؛ لم يَرِثْها؛ لأنّه قد بانَ منها، وزالَت الزّوْجِيّة(٧)؛ فلِهذا لم يَرِثْها ولا تُهْمَةَ هاهُنا، وليس كذلك إذا كان هو المريضُ؛ فلِهَذا وَرِثَته.

***

---

(١) في (ب): (بين)، وفي (خ): (لا بد من) بزيادة (لا)، والصواب حذفها، لأمرين:

ما أثبتناه موافق لما في «البيان»، للعمراني: ٩/ ٢٨.

لا بدّ منه؛ أي: لا فراق منه، أي: لا بعد عنه. معجم مقاييس اللغة: ابن فارس: ١/ ١٧٦.

فمعنى: (لها بدّ من وجودها)؛ أي: تستطيع فراقها، فهي ليست مضطرّة، كما بيّن ابن جماعة في آخر المسألة.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (ولهذا).

(٤) في (خ): (لأنه).

(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ٦٤٥.

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ١٥٣.

(٧) في (ب): (الرجعية).

(٦٥٨): مسألة

[في الوارثِ يقومُ مقامَ موروثِه في تحديدِ حَنثِه في الزوجاتِ أم العبيدِ]

ولو كان له عبيدٌ وزوجاتٌ، فحَنِثَ فيهنَّ، وأَشْكَلَ عليه، فلم يَدْرِ أَحَنِث في الزوجاتِ أو في العبيدِ، ولم يَتَبَيَّنْ حتى مات، فهل يقومُ وارِثُه مقامَه.

فمن أصحابِنا من قال: يقومُ وارِثُه مقامَه.

والمذهبُ: أنَّه لا يقومُ في ذلك، بل يُقْرَعُ بينهما، فإن خَرَج سَهْمُ الحُريةِ على العبيدِ، عَتَقُوا، وبَقِي الزوجاتُ [على النِّكاحِ][1]، وإن خَرَج سَهْمُ الرقِّ على العبيدِ رَقّوا، ولم يُحْكَمْ بطلاقِ النِّساءِ[2].

والفَرقُ: هو أنَّ أصلَ الرِّقِّ لمّا دَخلَت[3] فيه القُرعةُ، وهو المِلْكُ؛ جازَ أن تَدْخُلَ في إزالتِه، وليس كذلك الطَّلاقُ، فإنَّ أصلَه -وهو[4] النّكاحُ- لا [مَدخَلَ للقُرْعةِ][5] فيه، فلِذلك[6] لم تَدْخُلْ في إزالتِه، فبان الفرقُ بينهما[7].

***

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) انظر: «الأم»: ٦/ ٦٦٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٩.

(٣) في (خ): (دخل).

(٤) في (ب): (هو).

(٥) في (خ): (تدخل القرعة).

(٦) في (خ): (فكذلك).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٧٦، ٢٧٧، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٢٣٥، ٢٣٦.

[فيمن له زوجتان فأشكل عليه أيهما طلّق]

(٦٥٩): مسألة

إذا كان له زَوْجتانِ[١]، فطلّق إحداهما، ثم أُشْكِلَ عليه، فإنَّه يُوقِفُ عنهن، ويُؤْخَذُ بالبيانِ، فإن هو قال: طَلّقْتُ هذه، لا، بل هذه؛ طُلّقتا معًا، ولو وَطِئ إحداهما؛ لم يكنْ بالوطءِ صارِفًا للطلاقِ إلى أحدِهما.

[خ ١٦٥/ب]

فإن لم يَكُنْ هكذا، ولكن قال: إحداكما طالِقٌ، فإنّا[٢] نَقولُ له: بيِّنْ، فإن قال: هي هذه، أو هذه؛ طُلِّقَتِ الأُولى دون الثانيةِ، ولو وَطِئ[٣] إحداهما؛ كان صارِفًا للطلاقِ إلى إحداهما على أحدِ الوجهَيْن[٤].

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا طَلّق واحدةً وأُشْكِلَ عليه: فهو إنَّما يُؤْخَذُ ببيانِ المُطلّقةِ، ولا[٥] يَفرِضُه، وليس كذلك إذا [طَلّق إحداهما][٦] لا بعيْنِها؛ [لأنَّه هاهُنا يُؤْخَذُ بفَرْضِ][٧] الطّلاقِ[٨]، فإنَّه هاهنا اختيارُ شَهْوةٍ؛ فلِهذا افْترقا في الأحكامِ التي ذكرْناها[٩].

***

[في قولِه: من بشّرتْني منكنَّ بقدومِ زيدٍ؛ فهي طالِقٌ]

(٦٦٠): مسألة

ولو كان [له][١٠] جماعةُ نساءٍ، فقال لهن: من بشّرتْني[١١] منكنَّ بقُدومِ زيدٍ؛ فهي طالقٌ فبشّرَتْه إحداهما، فكانت[١٢] صادقةً؛ وَقَعَ الطلاقُ عليها، فإن بشّرَتْه الثانيةُ بذلك؛ لم تُطَلّق.

---

(١) في (خ): (زوجات).
(٢) في (ب): (فإما).
(٣) في (ب): (قال).
(٤) في (خ): (القولين).
(٥) في (خ): (لا).
(٦) في (ب): (طلقها).
(٧) في (خ): (لا يوجد هاهنا بعرض).
(٨) فرض القاضي النفقة فرضا: قدرها وحكم بها. «المصباح المنير»: ٢/ ٤٦٨.
(٩) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٣.
(١٠) ساقط من (خ).
(١١) في (خ): (بشرني).
(١٢) في (ب): (وكانت).

ولو قال [لهنَّ][١]: من أخبرتني[٢] منكنَّ بقُدوم زيدٍ؛ فهي طالقٌ، فأخبرَتْه واحدةٌ منهنَّ بقُدومِه؛ طُلِّقَت صادقةً كانت، أم كاذبةً، وهكذا لو أخبَرَتْه الثانيةُ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ البِشَارةَ لا تَحْصُلُ بالكذبِ، وإذا حصلَتْ دَفْعةً، فقد خَرَج الثاني عن أن يكون مُبشِّرًا، وليس كذلك الخبَرُ؛ فإنَّ الخبَرَ ما دخلَه الصِّدقُ والكذبُ؛ ولأنَّ[٣] الثاني مُخْبِرٌ، ولا يزولُ عنه اسمُ المُخْبِر، [كما يكون][٤] الأولُ مُخْبِرًا؛ فلِهذا افترقا[٥]. [خ ١٠٠/أ]



(١) ساقط من (خ).

(٢) في (خ): (أخبرني).

(٣) في (خ): (لأن).

(٤) في (خ): (أيكون).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٩٤، و«المهذب» ٣/ ٣٧.



كتابُ الرجعةِ

[كتابُ الرجعة][1]

(٦٦١): [مَسْأَلَةٌ][2]

[في الرِّجعيةِ، والمختلعةِ]

الرَّجْعيّةُ[3] عندنا مُحَرَّمةٌ، ويَصِحُّ منها الظِّهارُ والإيلاءُ، ويَلْحَقُها الطلاقُ، ويَثْبتُ التوارثُ بينهما.

ويُفارِقُ المُختلعةَ؛ لأنَّ الرِّجْعِيّةَ في معنى[4] الزوجاتِ؛ بدليلِ أنَّ الطلاقَ يَلْحَقُها [بالكنايةِ، كما يَلْحَقُها][2] بالتَّصْرِيحِ[5]، ويَصِحُّ منها الخُلْعُ، وليس كذلك المُخْتلِعةُ؛ فدلّ على ما ذكرْناه[6].

***

(٦٦٢): مَسْأَلَةٌ

[فيما تصحُ به الرجعةُ، وفي وطءِ الجاريةِ في أيامِ الخيارِ]

ولا تَصِحُّ الرَّجْعةُ إلَّا بالقولِ مع القُدْرةِ عليه، وأمّا بالوطءِ[7] فلا تَصِحُّ به الرّجْعةُ[8].

ويُفارِقُ وَطْءَ البائعِ للجاريةِ في مدّةِ الخِيارِ حيث قُلنا: إنّه فَسْخٌ: هو أنَّ اختيارَ البائعِ [في الفَسْخِ][9] رّدٌّ منه إلى المِلْكِ، والردُّ إلى المِلْكِ يَصِحُّ بالقولِ والفِعلِ، كما يَصِحُّ ابتداءُ المِلْكِ، وليس كذلك النّكاحُ، [خ: ١٦٦/ ب]

---

(١) ساقط من (خ). (٢) ساقط من (ب).

(٣) الرّجعيّة -بكسر الراء- وكان القياس فتحها: منسوب إلى الرّجعة، ولكن النّسب موضع شذوذ. «النظم المستعذب»: ٢/ ١٧٦.

(٤) في (خ): (معاني). (٥) في (خ): (بالصريح).

(٦) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٧. (٧) في (ب): (الوطء).

(٨) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٧. (٩) في (خ): (المفسخ).

فإنَّ الرجعةَ رَدٌّ إلى النكاحِ، والردُّ إلى النّكاحِ لا يَصِحُّ بالفِعْلِ، كما لا يَصِحُّ ابتداءُ النكاحِ [به][١]؛ فلِهَذا افترقا[٢].

***

(٦٦٣): مَسْألَة

[في الشهادةِ على الرجعةِ]

الشّهادةُ على الرّجْعةِ ليست بشَرْطٍ في أصحِّ القولَيْن[٣].

ويُفارِقُ ابتداءَ النكاحِ؛ لأنَّ الرّجْعةَ [رَمُّ ما][٤] تَشَعّثَ من النكاحِ، وإصلاحًا لما تَثَلّم منه؛ فلِهَذا [لم يُشْترطْ][٥] [فيه][٦] الشهادةُ، كما لم يَكُنِ الوَلِيُّ فيها شَرْطًا، وليس كذلك ابتداءُ النكاحِ؛ فإنَّه ابتداءُ عَقْدٍ[٧]؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

(٦٦٤): مَسْألَة

[في ارتجاعِها حالَ رِدَّتِها]

إذا طلّقها طَلْقة رَجْعِيّة، ثم ارْتَدّت[٨]، فارْتَجعها في حالِ رِدّتِها؛ لم تَصِحَّ الرَّجْعةُ[٩].

ويُفارِقُ [هذا][٦] إذا ارْتَجعها وهي مُحْرِمَةٌ، حيث قُلْنا: تَصِحُّ الرّجْعةُ[١٠]: هو أنَّ المُرتَدّةَ جاريةٌ في فَسْخٍ؛ فلِهَذا لم تَصِحَّ رَجْعتُها في

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٥/ ٥٦، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٣/ ٣١٠، ٣١١.

(٣) نصّ على ذلك في القديم والجديد أنها ليست بشرط بل مستحبة، انظر: «الأم»: ٦/ ٦٢٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٠، و«الحاوي الكبير»: ١٠/ ٣١٩.

(٤) في (ب): (ربما)، تصحيف. (٥) في (خ): (اشترط).

(٦) ساقط من (ب). (٧) في (خ): (العقد).

(٨) في (خ): (ارتد). (٩) انظر: «الأم»: ٧/ ٤٠٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٠.

(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٣٢٣، ٣٢٤.

حالِ رِدَّتِها، وليس كذلك في حالِ الإحرام؛ لأنَّه إنَّما يُبيحُ[1] ما تَشَعَّثَ مِن[2] النكاحِ، والإحرامُ لا يَمنعُ من ذلك؛ فلِهذا [افْتَرقا][3].

***

(٦٦٥): مَسألة

[إذا قال: واللهِ لا أصبتُك خمسةَ أشهرٍ، فإذا مضت، فوالله لا أصبتك ستةَ أشهرٍ]

إذا قال [لزوجتِه][4]: واللهِ لا أَصْبتُك[5] خمسةَ أشهرٍ، فإذا مَضَتْ، فواللهِ لا أَصْبتُك[5] سِتةَ أشهرٍ[6]، فهُمَا إيلاءان يُعْتبَرُ حُكْمُ كلِّ واحدٍ منهما بنفسِه[7].

ولو لم يَقُلْ هكذا، ولكن قال: واللهِ لا أَصْبتُك[5] خمسةَ أَشْهرٍ، وواللهِ لا أَصْبُتِك سَنَةً[8]؛ فهُمَا إيلاءان أيضًا إلا أنَّهما يَمِينان مُتَّفِقان يَقَعان في زمانٍ واحدٍ[9].

والفرقُ بينهما: هو أنَّه في المسألةِ الأُولَى قد فَصل أحدَهما من الآخرِ بقولِه: فإذا مَضَتْ، وليس كذلك في هذه المسألةِ، فإنَّه داخلَ[10] بينهما؛ فلِهَذا كان حكمُهما[11] واحدٌ. [خ ١٦٦/ب]

***

(١) في (خ): (يصح). (٢) في (ب): (في).

(٣) في (خ): (فرق بينهما). (٤) ساقط من (خ).

(٥) في (خ): (أصيبك).

(٦) في (خ): (سنة)، وما في الأصل موافق لما في «الأم»، و«المختصر».

(٧) انظر: «الأم» ٦/ ٦٧٤، و«مختصر المزني» ٨/ ٣٠٢، و«الحاوي الكبير» ١٠/ ٣٤٧.

(٨) في (ب): (ستة)، وما أثبتناه موافق لما «الحاوي الكبير».

(٩) انظر: «الحاوي الكبير» ١٠/ ٣٥٠.

(١٠) في (ب): (داخله).

(١١) في (ب): (حكمها).

[في انقضاءِ مدةِ الإيلاءِ وهو مجنونٌ، فأصابها]

(٦٦٦): مَسْألة

فإذا آلَى منها وانقَضَت مُدةُ الإيلاءِ، وهو مجنونٌ، فإن أصابَها في [حالِ][1] جنونِه، فقد خَرَج عن حُكْمِ الإيلاءِ في بابِ إيفائِها حقَّها، والكفارةُ لا تَجِب عليه[2].

والفرقُ بينهما: أنَّ الكفارةَ تَحْتاجُ إلى قَصْدٍ ولا قَصْدَ للمجنونِ هاهُنا، وليس كذلك إيفاؤُها حقَّها؛ لأنَّ ذلك حَقٌّ للآدميِّ، وإيفاءُ[3] حُقوقِ الآدميِّ[4] لا يَحْتاجُ إلى قَصْدٍ[5]؛ فلِهَذا افترقا.

***

(١) ساقط من (ب).

(٢) وهو ظاهر مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، قال: ولو آلى منها ثم جنّ، فأصابها في حال جنونه أو جنّت، فأصابها في حال جنونها خرج من الإيلاء، وكفر إذا أصابها وهو صحيح وهي مجنونة ولم يكفر إذا أصابها وهو مجنون لأن القلم عنه مرفوع في تلك الحال.

ولو أصابها وهي نائمة أو مغمى عليها خرج من الإيلاء وكفر، قال: وكذلك إذا أصابها أحلها لزوجها وأحصنها وإنما كان فعله فعلا بها؛ لأنه يوجب لها المهر بالإصابة، وإن كانت هي لا تعقل الإصابة، فلزمها بهذا الحكم، وأنه حق لها أداه إليها في الإيلاء، كما يكون لو أدى إليها حقّا في مال أو غيره برئ منه.

وذهب المزني وطائفة إلى أنها على حقّها من الفيئة واستحقاق المطالبة، ولا يسقط بهذه الإصابة، قال: إذا خرج من الإيلاء في جنونه بالإصابة فكيف لا يلزمه الكفارة، ولو لم يلزمه الكفارة ما كان حانثا وإذا لم يكن حانثا؛ لم يخرج من الإيلاء.

انظر: «الأم»: ٦/ ٦٨٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٥، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٣٠٨، وروضة الطالبين: ٨/ ٢٥٨، و«كفاية النبيه» ١٤/ ٢٥١.

(٣) في (ب): (وأيضا)، تصحيف.

(٤) في (خ): (الآدميين).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٤٠٣.

(٦٦٧): مسألة

[في مدةِ إيلاءِ الحُرّةِ والأَمَةِ، وعدتِهما]

الحرّةُ والأمةُ في [مُدّةِ] الإيلاءِ سواءٌ[١]، ويَخْتلفان في مُدّةِ العِدّةِ[٢].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الإيلاءَ يَمِينٌ مُتَعلِّقةٌ بوقتٍ [فلِهذا][٣] اسْتَوَى فيه الحُرّةُ والأمةُ، وليس كذلك العِدّةُ، فإنَّها تَجِبُ لبراءةِ الرَّحِمِ؛ فلِذلك اختلَفَ حكمُها بالرّقِّ والحُرّيةِ، فدلّ على الفرقِ بينهما، ولأنَّها مُدّةٌ مضروبةٌ يَرْفعُها الوطءُ[٤]، فوَجَب أن يَشْتَرِكَ[٥] فيها الحرةُ والأمةُ [كمُدةِ العُنّةِ][٦].

[خ: ١٠٠/ب]

***

(٦٦٨): مسألة

[في لفظِ الظهارِ، وفي قولِه: أنتِ حرامٌ]

لَفْظُ الظِّهارِ لَفْظٌ مُحَرّمٌ[٧]، وليس كذلك [قولُه][٣]: أَنْتِ حرامٌ[٨].

والفرقُ: هو أنَّ اللهَ سبحانه عَظَّم الأمرَ في الظِّهارِ بأن سَمّاهُ: ﴿مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢]، وليس كذلك لَفظُ الحرامِ؛ لأنَّ اللهَ سبحانه جَعَلَ حُكْمَه[٩] حُكْمَ اليمينِ، فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ إلى قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾[١٠]، فدلّ على الفَرْقِ بينهما.

***

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٣، و«المهذب» ٣/ ٥٤.

(٢) انظر: «الجمع والفرق»: ٣/ ٣٠٣.

(٣) ساقط من (خ).

(٤) أي: ضربت لرفع ضرر عدم الوطء، فارتفعت بالوطء.

(٥) في (ب): (يشرك).

(٦) في (ب): (كالعنة)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٣٨٣.

(٧) انظر: «المهذب» ٣/ ٦٤.

(٨) انظر: «روضة الطالبين» ٨/ ٢٦١.

(٩) في (خ): (ذكره).

(١٠) انظر: «المهذب» ٣/ ١٣، ١٤.

(٦٦٩): مسألة

[في وطءِ المظاهرِ امرأتَه بالليلِ أو ناسيًا بالنهارِ، وفي المعتكفِ يفعَل ذلك]

إذا وَطِئَ المظاهِرُ زوجتَه التي ظاهَرَ عنها في مُدّةِ الشهرَيْن باللَّيْلِ أو ناسِيًا نهارًا لم يَفسدْ صَوْمُه، ولم يَنْقطع تَتابعُه[١]، ولو قال: لله عليّ أن أَعْتكفَ[٢] شهرَيْن مُتتابعَيْن، فوَطِئَ امرأتَه لَيْلًا؛ بَطَلَ اعتكافُه.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الاعتكافَ يُوجَدُ ليلًا ونهارًا؛ فلِهَذا أَفْسَدَه[٣] الوطءُ، والصومُ لا يُوجَدُ ليلًا، وإنَّما يُوجدُ نهارًا[٤]؛ فلِهَذا افْتَرقا.

[خ ١٦٧/أ]

***

(٦٧٠): مسألة[٥]

لا خِلافَ على مذهبِ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الإيمانَ شَرْطٌ في عِتْقِ الرّقبةِ في الظِّهارِ حَمْلٌ منه على المُقَيّدِ من جنسِه، وهو قولُه تعالى في آية القتل: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

فإذا تَقَرّر هذا من أصلِه، [إن][٦] قال قائلٌ: فلِمَ لا تقولُون: إنَّ قولَه[٧] ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ لا يتناولُ الذِّمّيَّ، وإنَّما يتناولُ المُسْلمَ[٨]

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٨.

(٢) في (خ): (يعتكف).

(٣) في (خ): (أفسد).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٤٥٤.

(٥) قال ابن قدامة: (القسم الثاني: أن يتحد الحكم ويختلف السبب، كالعتق في كفارة الظهار، والقتل، قيد الرقبة في كفارة القتل بالإيمان، وأطلقها في الظهار. فقد روي عن الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ ما يدل على أن المطلق لا يحمل على المقيد، وهو اختيار أبي إسحاق بن شاقلا، وقول جل الحنفية، وبعض الشافعية. واختار القاضي: حمل المطلق على المقيد.

وهو قول المالكية، وبعض الشافعية، لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، وقال في المداينة: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾، ولم يذكر عدلان ولا يجوز إلا عدل، فظاهر هذا حمل المطلق على المقيد. ولأن العرب تطلق في موضع، وتقيد في موضع آخر، فيحمل أحدهما على صاحبه). انظر «روضة الناظر» ٢/ ١٠٥.

(٦) ساقط من (خ).

(٧) في (خ): (قوله في).

(٨) في (خ): (المسلمين).

حَمْلًا على قولِه: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم﴾ فإنَّه مُقَيّدٌ هاهُنا، ومُطْلقٌ في الآيةِ الثانيةِ(١).

قُلْنا: لَسْنا نقولُ ذلك(٢).

والفرقُ بينهما: هو أنّا إنّما نَحْملُ المُطْلَقَ على المُقَيّدِ إذا لم يَقْتَرِنْ(٣) بالحكم المُقَيّدِ تَعْليلٌ، كآيةِ القتلِ، فأمّا إذا اقْتَرنَ(٤) به تعليلٌ، فلا يجوزُ حملُ المُطْلَقِ [على المُقَيّدِ](٥)، وهاهُنا تعليلٌ في الآيةِ المقيّدةِ، وهو قولُه: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة:٢]، وإذا كان كذلك، دَلّ على الفَرْقِ بينهما، وهذا أصلٌ حَسَنٌ.



---

(١) في (ب): (الأخرى الثانية) كذا.

(٢) فالشافعية: يصحّ عندهم الظّهار من كلّ زوج يصحّ طلاقه، حرا كان أو عبدا، مسلما كان أو كافرا. انظر: «المهذب» ٣/ ٦٤، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٦/ ١٥١، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٣٣٤، «روضة الطالبين» ٨/ ٢٦١.

(٣) في (خ): (يقرر).

(٤) في (خ): (أقرن).

(٥) في (ب): (عليه).



كتابُ الكفارةِ

[كتاب الكفارة][1]

(٦٧١): [مسألة][2]

[في عتقِه العبدَ الغائبَ عن الكفارةِ]

إذا وَجَبَت عليه كفارةٌ، وله عَبْدٌ غائِبٌ، فهل يجوزُ [له] إعتاقُه عن الكفارةِ، أم لا؟

يُنْظَرُ فيه، فإن كانت الغَيبةُ قريبةً بحيث يُعْلَم كونَ العبدِ سالِمًا، فإنَّ عِتْقَه[3] يُجْزِئُ، وإن كانت غيبةً مُنْقطعةً بحيث لا يُعْلَمُ أنَّ العبدَ سالِمٌ، أم لا، فهاهُنا لا يَجْزئُه عِتْقُه عن الكفارةِ[4].

وقال في زكاةِ الفطرِ: إذا كان عبدُه غائبًا، وأَهَلَّ شوالٌ؛ كانَ عليه أن يُزَكِّيَ عنه زكاةَ الفِطْرِ سواءٌ كانَتِ الغَيبةُ مُنْقطعةً، أو غيرَ مُنْقطِعةٍ[5].

والفرقُ بينهما: أنَّ المَعْنَى الذي لم يَجوز عتقُه عن الكفارةِ؛ لأنَّه لا يَتحقَّقُ سلامتُه، فالاحتياطُ أن لا يُجْزِئَه عن الكفارةِ، وليس كذلك زكاةُ الفطرِ؛ لأنَّها تَجِبُ بالمِلْكِ، والأصلُ بقاءُ المِلْك حتى يَتيَقّنَ زوالُه [بالموتِ][6]، فدلَّ على ما ذكرناه[7]. [ب ٩٨/ أ]

***

(٦٧٢): مسألة

[في إعتاقِ المكاتبِ أو المدبرِ في الكفارةِ]

لا يجوزُ إعتاقُ المكاتَبِ في الكفارةِ، ويجوزُ إعتاقُ المُدَبّرِ في الكفارةِ[8].

---

(١) ساقط من (خ). (٢) ساقط من (ب). (٣) في (خ): (أعتقه).

(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٩، و«الحاوي الكبير»: ١٠/ ٤٧٤.

(٥) انظر: «الأم»: ٣/ ١٦٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٥٠.

(٦) ساقط من (خ)، انظر: «المهذب» ٣/ ٧١. (٧) في (ب): (ذكرنا).

(٨) انظر: «الأم»: ٦/ ٧٠٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٠٠.

والفرقُ: هو أنَّ المكاتَبَ بينه وبين سيدِه عَقْدٌ يَمْنَعُ من رجوعِه بأَرْشِ الجِنايةِ [عليه](١)؛ فلِهَذا لم يَجُزْ عِتْقُه [عن الكفارةِ](١).

وليس كذلك في المُدَبّرِ؛ لأنَّه إمّا أن يكونَ وصيةً بعتقِه(٢)، أو عِتْقًا تَعَلّقَ(٣) بصفةٍ، وأيُّهما كان؛ فإعتاقُه عن الكفارةِ جائِزٌ؛ لأنَّ مِلْكَ سيدِه ثابتٌ عليه بدليلِ أنَّه يَجوزُ له بيعُه، ولا يجوزُ [له](٤) بيعُ المكاتَبِ(٥)، فبان الفرق بينهما.

***

(٦٧٣): مَسألةٌ

[فيما إذا أفطرَ المظاهرُ في أثناءِ الشهرين]

إذا أَفْطَرَ المُظاهِرُ في أثناءِ الشهرَيْن، فلا يَخْلو إمّا أن يكونَ لعُذْرٍ أو لغَيْرِ عُذْرٍ، فإن كان لغَيْرِ عُذْرٍ؛ لَزِمَه استِئْنافُ الشهرَيْن.

وإن كان لعُذْرٍ؛ كالسَّفَرِ والمَرَضِ، فمن أصحابِنا من قال: هل يَلْزَمُه الاستئنافُ، أم [لا](٤)؟ على قولَيْن(٦).

ومنهم من قال: إن كان أَفْطَرَ بالسَّفَرِ؛ فعليه الاستئنافُ(٧)، وإن كان أَفْطَرَ بعُذْرٍ من مَرضٍ؛ ففيه قولان.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ السَّفَرَ حَدَثَ بفِعْلِه واختيارِه؛ فلِهذا [لَزِمَه](١)

---

(١) ساقط من (خ).
(٢) في (خ): (بإعتاقه).
(٣) في (خ): (معلق).
(٤) ساقط من (ب).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٣٢٨.
(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣١٠، و٤٠١.
(٧) قال ابن الرفعة: (وإن أفطر بالسفر فقد قيل: يبطل؛ لأن السبب حصل باختياره، وقيل: على قولين- إن قلنا: إن الفطر بالمرض لا يقطعه، على ما حكاه المحاملي وغيره: أحدهما: لا ينقطع أيضا؛ لأن السفر يبيح الفطر فأشبه المرض. والثاني: أنه ينقطع، والفرق بينهما: أن المرض الذي هو السبب في الفطر ليس باختياره، بخلاف السفر). انظر «كفاية النبيه في شرح التنبيه» ١٤/ ٣١٢.

الاستئنافُ فيه، وليس كذلك المرضُ، لأنَّه ليس من فِعْلِه، ولا صُنْعَ له فيه، فهو مَعْنى حَدَثَ بغيرِ اختيارِه[١]، فدلَّ على [الفرقِ، وعلى ما ذكرناه][٢].

***

[في إلزامِه الإعتاقَ بعد شروعِه في الصومِ]

(٦٧٤): مسألة

وإذا قَدَر على الرَّقَبةِ بعد الشُّرُوعِ[٣] في الصَّوْمِ؛ لم يَلْزَمْه إعتاقُها[٤].

ويُفارِقُ الأَمَةَ إذا [حلت][٥] مَكْشوفةَ الرأسِ، فأُعْتِقَتْ في حال[٦] الصلاةِ فقد لَزِمَها [أن تَسْتُرَ][٧] رأسَها، وإذ[٨] كان السِّتْرُ [منها][٩] قريبًا أخذَتْه وسَترت [به][٩] رأسَها، ومَرّت على صلاتِها، وإن كان بعيدًا خَرجَتْ إليه، وأَخذَتْه، واستأنفَتِ الصلاةَ[١٠].

[خ ١٦٨/أ]

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٥٠٠، و«المهذب» ٣/ ٧٢، ٧٣، «روضة الطالبين» ٨/ ٣٠٢، و«كفاية النبيه» ١٤/ ٣١٢.

(٢) في (خ): (ما قلنا).

(٣) في (خ): (شروعه).

(٤) انظر: «الأم»: ٦/ ٧١٣، و«المهذب» ٣/ ٧٤.

وألزمه المزني الانتقال إلى الإعتاق، انظر: المختصر: ٨/ ٣١٠، ««الحاوي الكبير»»: ١٠/ ٥٠٨، و«البيان في مذهب الشافعي»: ١٠/ ٣٩٠، و«كفاية النبيه» ١٤/ ٣٠٩. وصحّح القول بإجزاء الصوم النوويّ، «روضة الطالبين»: ٨/ ٢٩٩.

(٥) ليست في (خ)، ولعله قصد بها أنها حلت غطاء رأسها فصلّت، وأصلها أن يقال(إذا صلت) وقد قال النووي في المنهاج مع نهاية المحتاج: (ولو صلّت أمة مكشوفة الرّأس فعتقت فيها ووجدت خمارا إن مضت إليه احتاجت أفعالا مبطلة أو انتظرت من يأتي به لها مضت مدّة بطلت صلاتها، فإن لم تجده بنت، وكذا إن وجدته قريبا فتناولته ولم تستدبر وسترت به رأسها فورا كعار وجد سترة ولو لم تعلم بالسّترة أو بالعتق إلّا بعد مضيّ زمن يمكنها فيه السّتر لو علمت بطلت). انظر «نهاية المحتاج في شرح المنهاج» ٢/ ١٣.

(٦) في (خ): (خلال).

(٧) في (خ): (ستر).

(٨) في (خ): (فإن).

(٩) ساقط من (ب).

(١٠) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١١٥.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الأمرَ بالسَّتْر إنَّما تَوَجّه عليها ابتداءً حينما[(١)] عَتَقَتْ؛ فلِهذا قُلنا: عليها الإتيانُ به، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ شَرْطَ الانتقالِ إلى الصومِ عَدَمُ الرَّقبةِ، وحالَ ما انتقلَ [إليه][(٢)]؛ كان عادِمًا للرّقَبةِ؛ فلِهذا المعنى فُرّق بينهما.

وأمّا [الأَمَةُ إذا طُلِّقَتْ، ثم أُعْتِقَتْ][(٣)] في أثناءِ العِدّةِ؛ ففيها قولان:

أحدُهما: تَبْني على عِدّة أَمَةٍ.

والقولُ الثاني: تَبْني على عِدّةِ حُرّةٍ[(٤)]؛ فعلى هذا **الفرقُ بينهما:** هو أنّا لو أَوْجَبْنا [عليها][(٥)] أَن تَأْتِيَ بعِدّةِ حُرّةٍ؛ لم يَبْطُلْ عليها ما مَضَى من العِدّةِ، بل يُحْسَبُ[(٦)] لها به، وليس كذلك هاهنا فإنّا[(٧)] لو قُلْنا: إنَّه يَنْتَقِلُ إلى الرقبةِ؛ لأَبطلْنا عليه ما مَضَى من الصيامِ؛ فلِهذا فُرق بينهما.

***

[في وقتِ وجوبِ الكفارةِ]

(٦٧٥): مسألة

اختلَف قولُه في وَقْتِ وجوبِ الكفارةِ على ثلاثةِ أقوالٍ:

أحدها: أنَّ الاعتبارَ [بها][(٢)] في حالِ الوجوبِ.

والثاني: أنَّ الاعتبارَ بها[(٨)] بحالِ الأداءِ.

والثالث: [الاعتبارُ فيها][(٥)] بأَغْلَظِ الأحوالِ[(٩)].

---

(١) في (ب): (حين).
(٢) ساقط من (خ).
(٣) في (ب): (إذا عتقت ثم طلقت).
(٤) انظر: «الأم»: ٦/ ٥٥٣، ٥٥٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٢٥.
(٥) ساقط من (ب).
(٦) في (خ): (يحتسب).
(٧) في (ب): (فأما).
(٨) في (خ): (فيها).
(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٥٠٧، و«روضة الطالبين»٨/ ٢٩٩.

فإذا قُلْنا: إنَّ الاعتبارَ [فيها بحالِ][1] الوُجوبِ، فعلى هذا الفرقُ بين هذا وبين الصلاةِ إذا كان مُقِيمًا في أَوّلِ الوَقْتِ أو كان صحيحًا، [ثُمّ مَرِضَ][2] أو سافَرَ قبل خُروجِ الوقتِ، وقبل أن يُصَلِّيَ، [فإنَّه يُصلِّي][3] صلاةَ [مسافرٍ][4] وصلاةَ مريضٍ: هو أنَّ الاعتبارَ في الصلاةِ بحالِ[5] الأداءِ، فإن كان حالَ ما يَفعلُها مُقِيمًا صَلّى صلاةَ مُقيمٍ، وإن كان مسافرًا؛ صلّى صلاةَ مسافرٍ، هكذا في الصَّحيحِ والمريضِ.

[خ ١٠١/ ب]

ألا تَرَى أنَّه لو زالَتِ الشمسُ عنه يومَ الجمعةِ، وهو عَبْدٌ، فإنَّ فَرْضَه الظُّهْرُ، ولو أُعْتِقَ قبل أن يُصليَها، صار فَرْضُه الجمعة اعتبارًا بحالِ الفِعْلِ [والأداءِ][3] كذلك هاهُنا، وليس كذلك الكفارةُ؛ لأنَّه حَقُّ مالٍ تعلّقَ بالذِّمةِ[6]؛ فلِهذا كان الاعتبارُ فيه بحالِ الوجوبِ[7]، فبان الفَرْق بينهما.

[خ ١٦٨/ ب]

***

(٦٧٦): مَسْأَلَة

[في التعانِه لتخليصِه من حدِّ القذفِ، والتعانِها لتخليصِها من حدِّ الزنا]

إذا قَذَفَ زوجتَه بالزِّنا؛ لَزِمَه الحَدُّ، وله التَّخْلِيصُ[8] منه باللّعانِ، أو البيِّنةِ، فإن هو لَاعن لَزِمَها[9] الحَدُّ، ولها التّخْلِيصُ[10] منه باللّعان.

[وإن هو أقامَ البيِّنةَ؛ لَزِمَها الحدُّ، وليس لها التّخْلِيصُ منه باللِّعانِ][4].

---

(١) في (ب): (حال).
(٢) في (ب): (ومرض).
(٣) ساقط من (ب).
(٤) ساقط من (خ).
(٥) في (ب): (بحالة).
(٦) في (خ): (بالدية)، تصحيف.
(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٥٠٦، ٥٠٧، و«نهاية المطلب» ١٤/ ٥٦٦، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٣٦٣.
(٨) في (خ): (التخلص)، خلّصه من كذا تخليصا؛ أي: نجّاه. «مختار الصحاح»، ص: ٩٤.
(٩) في (خ): (لزمه)، تصحيف.
(١٠) في (خ): (التخلص).

والفرقُ: هو أنَّه إذا لَاعَنَ فإنَّما يَلْزَمُها الحَدُّ بقَوْلِ الزوجِ الذي هو اللِّعانُ، فلِهَذا كان لها[1] إسقاطُه باللّعانِ، وليس كذلك [إذا أقامَ][2] البينةَ؛ لأنَّ البينةَ تُوجِبُ [الحدَّ][3] عليها قَطْعًا ويقينًا[4]؛ فلِهذا لم يكنْ لها الخروجُ منه.

***

(٦٧٧): [مَسْأَلَةٌ][5]

[في قذفِ الأجنبيةِ]

[**فإن قيل**][3]: إذا قَذَفَ أجنبيةً[6] لِمَ لا تَقولون: [إنَّ][5] له أن يُلاعِنَ، كما قُلْتم في الزوجةِ؟

قُلْنا: لا نَقولُ ذلك، **والفرقُ بينهما**: هو أنَّ اللِّعانَ يُرادُ إمّا لِنَفْيِ النَّسبِ أو لنَفْيِ الفِراشِ، والأجنبيةُ لا فِراشَ هناك يَنْفِيه، ولا نَسَبَ يُنْتَفَى منه؛ فلِهذا فُرِّق بينهما.

***

(٦٧٨): مَسْأَلةٌ

[فيمن له الحقُّ في حدِ القذفِ، والقطعِ]

حَدُّ القَذْفِ من حُقوقِ الآدمِيّين عند الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[7].

ويُفارِقُ القطعَ في السرقةِ، لأنَّ القَطْعَ في السرقةِ حَقٌّ للهِ تعالى يَتعلّقُ بحَقِّ[8] الآدميِّين، [وهذا حَدُّ][9] المالِ، وليس كذلك [حَدُّ][5] القَذْفِ، **ألا تَرَى** أنَّ المقْذُوفَ[10] لو أَبْرأَ القاذِفَ عن الحَدّ؛ سَقَطَ ذلك عنه[11]، فبانَ الفرقُ بينهما.

***

---

(١) في (خ): (له).

(٢) في (ب): (إقامة).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ب): (وتيقينا).

(٥) ساقط من (خ).

(٦) في (خ): (امرأة).

(٧) انظر: «الأم»: ٩/ ٢٤٨، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣٢٥.

(٨) في (ب): (لحق).

(٩) في (خ): (وهو أخذ).

(١٠) في (خ): (القذف)، تصحيف.

(١١) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٤٩.

[في الأجنبيةِ تقول له: طأني فيطأُها، أو اقطع يدي فقطعها]

(٦٧٩): مَسألة

إذا قالت له: طَأْنِي فوَطِئَها؛ لم يَسْقطِ الحَدُّ عنها وَلَا عَنْه بذلك، ولو قالت له: اقْطَعْ يَدِي، فقَطَعها؛ سَقَط القِصاصُ عنه في أحد الوجهَيْن[١].

والفرقُ [بينهما][٢]: هو أنَّ المرأةَ [لو][٢] أَقَرَّتْ بالوطءِ المُحرَّم بأن قالت: زَنَيْتُ وَجَب عليها الحَدُّ، فكذلك إذا قالت للغير: طَأْنِي؛ لم يَسْقطِ الحَدُّ، وليس كذلك في القَتْلِ والقَطْعِ؛ لأنَّه [لو أضافَتْ][٣] ذلك إلى نفسِها بأن اعترفَتْ به؛ لم يَجِبْ عليها شيءٌ، وإذا كان كذلك بانَ الفرقُ بينهما.

وفَرْقٌ آخرُ: هو أنَّ الواجبَ بالوَطْءِ حَقُّ اللهِ تعالى؛ فلهذا لم يَسْقُطْ بإباحتِها [لسببِ][٢] وجوبِه، وليس كذلك القَتْلُ والقَطْعُ، فإنَّ الواجبَ به حقٌّ للآدميِّ؛ فلِهذا عَمِل فيه إسقاطُها بإباحةِ سببِ وجوبِه.

***

[فيمن قَذَفَ زوجتَه بزنا قبل الزوجيةِ]

(٦٨٠): مَسألة

إذا قَذَفَ زوجتَه بزنًا أضافَه إلى ما قبل الزّوْجيّةِ؛ لم يكنْ له أن يُلاعِنَ[٤].

ويُفارِقُ إذا لم يُضِفْ ذلك إلى ما قبل الزّوْجِيةِ؛ لأنَّه في هذه الحالةِ[٥]

(١) انظر: «نهاية المطلب» ١٧ ٢١٦، وكفاية النبيه ١٣/ ٣١١.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (أضاف).

(٤) قلت: ولها أن تحدّه إن طلبت ذلك، انظر: «الأم»: ٦/ ٧٢٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣١٨.

(٥) أي: في حال ما قبل الزوجية.

[ب ١٠٢/أ]

غيرُ مُحتاجٍ إلى هذا القَذْف؛ لأنَّها لو أَتَتْ منه[١] بوَلَدٍ [لم][٢] يَلْحَقْه[٣]، فلم يكنْ لِلِعانِه معنًى[٤].

[وليس][٥] كذلك إذا لم يُضِفْه[٦]؛ لأنَّه قَذْفٌ [هو مُحْتاجٌ][٧] إليه[٨]؛ لأنَّها لو أتَتْ بولد [منه][٢]؛ [بنَسَبٍ؛ لَحِقَه][٩]، فإن كان كذلك[١٠]؛ بان الفرقُ بينهما.

***

---

(١) أي: من هذا الزنا.

(٢) ساقط من (خ).

(٣) كأن تأتي به لأقل من ستة أشهر.

(٤) قال أبو إسحاق الشيرازي: (فصل: وإن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان لأنا نعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش وإن دخل بها ثم طلقها وهي حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لستة أشهر لم يلحقه وانتفى عنه من غير لعان لأنا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل وأن هذا الولد الآخر علقت به بعد زوال الفراش). انظر «المهذب في فقه الشافعي» ٣/ ٧٩.

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (ب): (يضف).

(٧) في (خ): (فهو يحتاج).

(٨) لنفي نسب، أو لدفع معرة.

(٩) في (خ): (لم يلحقه).

(١٠) قال العمراني: (وإن تزوج امرأة، وقال لها: زنيت قبل أن أتزوجك.. وجب عليه حد القذف، وهل له أن يسقطه باللعان؟ ينظر فيه:

فإن لم يكن هناك نسب يلحقه من هذا الزنا.. لم يكن له أن يلاعن، وبه قال مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنهما.

وقال أبو حنيفة: (له أن يلاعن). دليلنا: أنه قذف غير محتاج إليه، فلم يجز له اللعان لأجله، كقذف الأجنبي. وإن كان هناك ولد، وادعى: أنه من هذا الزنا.. ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، واختيار أبي علي الطبري، والقاضي أبي الطيب: أن له أن يلاعن لأجله. قال: لأن به حاجة إلى هذا القذف لنفي هذا الولد، كما لو أضاف الزنا إلى حال الزوجية.

والثاني - وهو قول أبي إسحاق، واختيار الشيخ أبي حامد: ليس له أن يلاعن لأجله؛ لأنه لا حاجة به إلى أن يقذفها بزنا يضيفه إلى ما قبل النكاح، بل كان يمكنه أن يقذفها بزنا مطلق، وأن الحمل ليس منه، بل هو من زنا). انظر «البيان في فقه الشافعي» ١٠/ ٤٣٨.

(٦٨١): مَسْأَلَة

[إذا نكحَها نكاحًا فاسدًا وقَذَفها بالزنا]

إذا نَكَحَ امرأةً نكاحًا فاسدًا، وقَذَفَها بالزّنا، فإن كان هناك نَسَبٌ؛ كان له أن يَنْفِيَه باللّعانِ[١]، ولا يَثْبُت الإيلاءُ ولا الظهارُ في النكاحِ الفاسدِ[٢].

والفرقُ: هو أنَّ اللّعانَ هاهُنا [هو][٣] مُحتاجٌ إليه؛ لأنَّه يَنْفي به عنه النَّسبَ الفاسدَ؛ فلِهذا استوَى فيه النّكاحُ الصحيحُ والفاسدُ، وليس كذلك الظِّهارُ والإيلاءُ؛ لأنَّ ذلك إنَّما يَثْبُت في الزّوجِيّةِ الصحيحةِ، وتلك مَعْدُومةٌ هاهُنا.

***

(٦٨٢): مَسْأَلَة

[في أنَّ القيامَ بحدِّ القذفِ موروثٌ]

قد ذكرْنا أنَّ حدَّ القَذْفِ من حقوقِ[٤] الآدميِّين، فإذا ثَبَتَ هذا، فإنَّه مَوْروثٌ، ومن [ذي][٥] الذي يَرِثُه؛ فيه ثلاثةُ أقوالٍ:

[أحدها][٦]: أنَّه يَرِثُه جميعُ الوَرَثةِ إلَّا الزوجُ والزوجةُ.

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣١٣، و«المهذب» ٣/ ٨٥.

(٢) انظر: «الأم»: ٦/ ٦٣٦.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (خ): (حدود).

(٥) كذا في الأصل، وهو ساقط من (خ).

(٦) ساقط من (ب)، قال ابن الرفعة: (قال: وإن وجب الحد فمات انتقل الحد إلى جميع الورثة، لأن حد القذف موروث عندنا؛ لأنه محض حق الآدمي، كما ذكرنا؛ فكان موروثا كسائر الحقوق، وإذا ثبت أنه موروث انتقل إلى جميع الورثة كالمال وحقوقه.

وقيل: ينتقل إلى من يرث بنسب دون من يرث بسبب، أي: كالزوج والزوجة كما صرح به أبو علي بن أبي هريرة والطبري، ونقله عنهما

القاضي أبو الطيب، ووجهه: أن الحد وجب لدفع العار، ولا عار على الزوج والزوجة لزوال الزوجية بالموت؛ فكانا كالأجانب، قال الرافعي: وهذا يحكى عن ابن سريج). انظر المسألة في «كفاية النبيه في شرح التنبيه» ١٠/ ٢٦٩.

فعلى هذا الفرقُ بينه وبين القِصاصِ: هو أنَّ القِصاصَ موضوعٌ للتَّشفِّي؛ فلِهذا اشْتَرك ذَوُو[١] الأنسابِ والأسبابِ وليس كذلك حَدُّ القَذْفِ، [فإنَّه إنَّما][٢] يُرادُ لرَفْعِ[٣] المَعَرَّةِ، وليُعْلَمَ[٤] كَذِبُ القاذفِ، وهذا المَعْنى لا حَظَّ فيه لذَوِي الأَسباب[٥]؛ فلِهذا لم يَرْثُونه. [خ ١٦٩/ ب]

وممّا يَدُلّ على صحةِ الفرقِ: هو أنَّ القِصاصَ قد يَسْقُطُ[٦] إلى مالٍ وهو الدِّيةُ، وتلك موروثةٌ كسائرِ الأموالِ، وحَدَّ القَذْفِ بخِلافِه.

والقول[٧] الثاني[٨]: في الأصلِ أنَّه إنَّما يَرِثُه الذكورُ من العَصَبةِ لا غيرَ.

ويُفارِقُ غيرَه من الأموالِ والقِصاصِ؛ لأنَّ حَدَّ القَذْفِ يُرادُ لرَفْعِ[٩] العارِ والفَضاحةِ[١٠]، فلِهذا اخْتُصّ بالعَصَبةِ دون غيرِهم، وبِهذا فارقَ غيرَه من الحقوقِ.

---

(١) في (ب): (ذو).

(٢) في (ب): (وإنما).

(٣) في (خ): (لدفع).

(٤) في (خ): (وليقام).

(٥) في (ب): (الأنساب)، والزوج من ذوي الأسباب.

(٦) في (ب): (سقط).

(٧) في (خ): (والفرق)، وهو تصحيف.

(٨) قال ابن الرفعة: (وقيل: ينتقل إلى العصبات خاصة، أي: وهم الذكور، كما قاله الماوردي؛ لأنهم أخص بدخول العار عليهم، كما اختصوا لأجل ذلك بولاية النكاح، وهذا ما نسبه الماوردي إلى ابن سريج). انظر كفاية النبيه في شرح التنبيه ١٠/ ٢٧٠

(٩) في (خ): (لدفع).

(١٠) في (خ): (والغضاضة). فضح الشيء يفضحه فضحا فافتضح إذا انكشفت مساويه، والاسم: الفضاحة والفضوح والفضوحة والفضيحة. «لسان العرب»: ٢/ ٥٤٥.

ويقال: ليس عليه في هذا الأمر غضاضة، أي: ذلّة ومنقصة. «مختار الصحاح»، ص: ٢٢٧.

والقول الثالث: أنَّه يَرِثُه جميعُ الورثةِ المُناسِبُون وغيرهم[١].

***

(٦٨٣): مَسألة

[في عفوِ بعضِ الورثةِ عن حدِّ القذفِ]

ومتى عَفَا بعضُ الورثةِ عن حَدِّ القَذْفِ؛ سَقَطَ حَقُّه ولم يَسْقُطْ حقُّ الباقين، وكان له [اسْتِيفاءُ حَقِّه][٢]، ولو عَفَا بعضُهم عن نصيبِه من القَوَدِ؛ سَقَطَ جميعُه[٣].

---

(١) انظر: (وإذا تقرّر أنّه من حقوق الآدميّين الموروثة فقد اختلف أصحابنا في مستحقّ ميراثه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّه يستحقّ جميع الورثة بالأنساب والأسباب من الذّكور والإناث كالأموال.

والوجه الثّاني: أنّه يستحقّه الورثة بالأنساب من الذّكور والإناث دون الورثة بالأسباب كالزّوج والزّوجة، لارتفاع سبب الزّوج والزّوجة بعد الموت فصارا بانقطاع السّبب كالأجانب.

والوجه الثّالث: وهو قول أبي العبّاس بن سريج أنّه يستحقّه ذكور العصبات دون إناثهم، لأنّهم أخصّ بدخول العار عليهم، كما يختصّون لأجل ذلك بالولاية على النكاح. (فصل) فإذا ورثه من ذكرنا: استحقّوه على الاجتماع والانفراد، بخلاف القصاص المستحقّ بين الورثة على الاجتماع دون الانفراد وأنّه لا يجوز لحاضر مطالب أن يقبض وله شريك غائب أو قد عفي ويجوز لوارث حدّ القذف إذا كان له شريك غائب أو قد عفي أن ينفرد باستيفاء الحدّ كلّه لنفي المعرّة عن نفسه ولا يتبعّض الحدّ بقدر ميراثه. وقال أبو الحسن بن القطّان: حدّ القذف يتبعّض فيستوفى منه بقدر ميراثه ولا يستوفي جميعه، وهذا خطأ؛ لأنّ نفي المعرّة إنّما يكون بحدّ مقدّر فامتنع تبعيضه). «الحاوي الكبير»: ١١/ ٢٧.

(٢) في (ب) : (استيفاؤه). ولا فرق بين أن يقول استيفاء حقه أو استيفاؤه فكلاهما صحيح لأن الضمير راجع في كلمة استيفاؤه إلى كلمة حقه عند قوله (سقط حقه) لا إلى الحد كما قد يفهمه بعضهم وهو يتضح بالآتي :

أن المصنف قصد أن للعافي استيفاء حقه في الحد أي ينقصه من الحد؛ لأنه حقه كالدين والدية وهذا هو الوجه الثالث عند الخرسانيين كما يتضح من كلام صاحب البيان

قال العمراني : (وإذا انتقل الحد إلى جماعة من الورثة، فعفا بعضهم عن حقه من الحد، ثبت جميع الحد لباقي الورثة، لأن الحد جعل للردع، ولا يحصل الردع إلا بما جعله الله تعالى للردع. هذه طريقة أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن لباقي الورثة أن يستوفوا جميع الحد، لما ذكرناه.

والثاني: يسقط جميع الحد، كما قلنا في القصاص.

والثالث: تسقط من الحد حصة العافي، وتبقى حصة من لم يعف، لأنه يتبعض، فتسقط حصة العافي دون الباقي، كالدين والدية. وإن قذف رجلا، فمات المقذوف ولا وارث له، أو قذفه بعد موته ولا وارث له معين.. ثبت الحد للمسلمين، ويستوفيه السلطان، لأنه ينوب عنهم في الاستيفاء كما ينوب عنهم في القصاص). انظر «البيان في مذهب الإمام الشافعي»١٢/ ٩١٤.

(٣) انظر : «المهذب» ٣/ ٩٢.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ القَوَدَ لا يَتبعَّضُ؛ فلِهذا [سَقَطَ بسُقوطِ بعضِه][(١)]، وليس كذلك حَدُّ القَذْفِ؛ فإنَّه يَتبعَّضُ؛ فلِهذا [لم يَسْقط][(٢)] البعضُ.

وفيه وَجْهٌ آخرُ: أنَّ حَدَّ القَذْفِ لا يَتبعَّضُ فإذا عَفَا بعضُ الورثةِ؛ كان للباقين أن يَسْتَوْفوه كامِلًا.

وفيه وَجْهٌ آخرُ: أنَّه كالقَتْلِ؛ إذا عَفَا بعضُ الورثةِ؛ سَقَطَ جميعُه[(٣)].

***

(٦٨٤): مَسْأَلة

[في تكذيبِ نفسِه بعد الملاعنةِ]

إذا قَذَفَ زوجتَه ولاَعَنها، ثم كَذّب[(٤)] نفسَه؛ قُبِلَ ذلك فيما هو حقٌّ

---

(١) في (ب): (لم يسقط بسقوط البعض)، وهذا متسق مع الحاشية التالية لأن قوله لم يسقط بسقوط البعض أي القود قصد به أنه حق مشترك بين الورثة لا يتبعض وهذا سيوضحه كلام الماوردي الآتي لذلك انتقلوا إلى الدية لأنها تتبعض

قال الماوردي: (وأمّا الجمع بين القود وحدّ القذف فغير صحيح، لأنّهم في القود مشتركون وفي الحدّ منفردون، فلم يجز أن ينفرد أحدهم باستيفاء القود وجاز أن ينفرد باستيفاء الحدّ، وإنما اشتركوا جميعها في القود وانفرد كلّ واحد في الحدّ لأمرين: أحدهما: أنّهم ملكوا القود ميراثا عن ميّتهم لأنّه بدل عن نفسه فاشتركوا فيه كالدّية وملكوا الحدّ نيابة عن ميّتهم لنفي العار عنه فانفرد كلّ واحد منهم به.

والثّاني: أنّ القود بدل فلم يسقط بالعفو حقّ من لم يعف، فلذلك ما اشتركوا وليس للحدّ بدل فانفرد، ولئلا يسقط بالعفو حقّ من لم يعف، وأمّا الدّية فإنّما لم تسقط بالعفو حقّ من لم يعف، لأنّها تتبعّض فصحّ أن ينفرد كلّ واحد منهما باستيفائه حقّه، لأنّه لا يتعدّى استيفاؤه إلى حقّ شريكه والقود لا يتبعّض ولا يمكن كلّ واحد منهم أن ينفرد باستيفاء حقّه منه إلّا بالتّعدّي إلى حقّ شريكه، فسرى العفو عن القود ولم يسر العفو عن الدّية). انظر «الحاوي الكبير» ١٢/ ١٠٥ و١٠٦.

(٢) في (ب): (سقط بسقوط)،.

(٣) وقد ذكرنا المسألة بتفاصيلها من كلام العمراني في «البيان» في حاشية (١٠٢) والحمد لله فلا داعي لإعادتها هنا.

(٤) في (خ): (أكذب).

عليه، وهو وُجوبُ الحَدِّ وعَوْدُ النَّسَبِ، ولا يُقْبَلُ فيما هو حقٌّ له من ارتفاعِ التَّحريمِ، وعَوْدِ الزَّوجيةِ[١].

والفرقُ: هو أنَّ ما كانَ حَقًّا له، فهو مُتَّهَمٌ فيه؛ فلِهَذا لم يُقْبَلْ قولُه فيه، وليس كذلك فيما هو حَقٌّ عليه؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ فيه، فأُخِذَ فيه بما هو الأَغْلظ عليه. [ب ١٠٢/ب]

***

(٦٨٥): مَسْأَلَة

[في قولِ الرجلِ لابنِ الملاعنةِ: لست ابنَ فلانٍ، وقولِ الرجلِ لابنه: لستَ ابني]

إذا قال الرجلُ لابنِ المُلاعِنة: لست ابنَ[٢] فلانٍ، فذَكَر[٣] في موضعٍ من كتبِه أنَّه يكونُ قَذْفًا[٤].

وقال في موضعٍ آخرَ: إذا قال الملاعِنُ لابنِه[٥]: لسَتَ بابني؛ لم يَكُن قَذْفًا[٦].

[خ ١٧٠/أ]

فمن أصحابِنا[٧] من نَقَلَ جوابَه في كلِّ واحدةٍ من المسألتَيْن إلى الأُخرى، وقال: فيهما[٨] قولان.

---

(١) في (ب): (الرجعة)، انظر: «الأم»: ٦/ ٧٣٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣١٦، و«المهذب» ٣/ ٩٢، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٦/ ٢١٤.

(٢) في (خ) : (بابن).

(٣) في (ب) : (فذكره).

(٤) في (ب): (قاذفا)، انظر: «الأم»: ٦/ ٧٤٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣١٧، ونص كلامه في «المختصر»: (لو قال لابن ملاعنة: لست ابن فلان؛ أحلف ما أراد قذف أمّه، ولا حدّ فإن أراد قذف أمّه؛ حددناه).

(٥) في (ب) : (لابنته).

(٦) انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٣١٧.

(٧) قال الماودي : (والوجه الثّاني: أنّه كناية ينوي فيه ولا يحدّ إلاّ أن يريد به القذف، بخلاف المستلحق، والفرق بينهما: أنّ المستلحق لمّا اعتلّ نسبه باللّعان صار الظّاهر من نفيه قذف أمّه، وغير المستلحق لمّا لم يعتلّ نسبه صار الظّاهر من نفيه مخالفة أبيه في أفعاله وأخلاقه، فهذه الطّريقة الأولى لأصحابنا ويشبه أن تكون طريقة أبي الطّيّب بن سلمة.

(٨) في (خ) : (فيها).

ومنهم من قال[1]: المسألتَيْن على اختلافِ حالَيْن، فالموضعُ [الذي][2] قال [فيه][3]: يكونُ قَذْفًا[4] أرادَ به إذا لم يَكُنْ قد نَفَى نسبَه، والموضعُ الذي قال: [لا][2] يكونُ قذفًا، إذا قال ذلك بعد ما نَفَى نسبَه.

ومنهم من قال[5]: [هما][3] على ظاهِرِهما، **وفرّق بينهما** بأَنْ قال: قد جَرَتْ عادةُ الأبِ مع ابنِه أن يقولَ له مِثْل ذلك يُريدُ تأديبَه وإصلاحَ حالِه؛ فلِهذا لم يَكُنْ قَذْفًا منه، وليس كذلك الأجنبيُّ فإنَّه [لم][3] تَجرِ عادتُه أن يقولَ لابنِ غيرِه [بمِثْل][3] هذا؛ فلِهَذا قُلْنا: يكونُ قاذِفًا، فدلَّ على الفَرْق بينهما.

***

(٦٨٦): مَسْأَلة

[فيمن قَذَف رجلًا مرةً بعدَ مرةٍ]

إذا قَذَفَ رجلًا بالزِّنا، ثم عادَ وقَذَفَه؛ نَظَرْتُ، فإن كان قَذَفه قبل أن يُحَدَّ الأولُ؛ اكْتُفِيَ بحَدٍّ واحدٍ، وإن كان قَذَفه بعد أن حُدَّ في الأولِ، نَظَرْتُ،

(١) قال الماوردي: (والطّريقة الثّالثة: وهي طريقة أبي إسحاق المروزيّ أنّ اختلاف الجواب فيهما محمول على اختلاف حالين يستويان فيهما، فالّذي قاله في الأب: أنّه لا يكون قذفًا إذا قاله عند ولادته وقبل استقرار نسبه في الحال الّتي لو أراد نفيه فيها باللّعان لأمكنه، والّذي قاله في الأجنبيّ: أنّه يكون قذفًا إذا قاله بعد استقرار نسبه في حال لا يجوز لأبيه نفيه فيها باللّعان، فيكون ذلك قذفًا من الأب والأجنبيّ بعد استقرار النّسب ولا يكون قذفًا منهما قبل استقراره لضعف النّسب قبل استقراره، وقوّته بعد استقراره، واللّه أعلم.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) ساقط من (خ).

(٤) في (ب): (قاذفا).

(٥) قال الماوردي: (الطّريقة الثّانية: وهي طريقة أبي عليّ بن أبي هريرة: أنّ الجواب على ظاهر النّصّ فيهما فيكون قذفًا من الأجنبيّ ولا يكون قذفًا من الأب. والفرق بينهما: أنّ للأب من تأديب ولده بالضّرب والإغلاظ في القول ما ليس للأجنبيّ فصار ذلك من الأب إغلاظًا في القول المحمول على التّأديب، ومن الأجنبيّ إغلاظ قذف لا مدخل له في التّأديب).

فإن قَذَفَه [بالزّنا الأولِ؛ لم يُحَدَّ؛ لأنَّه قد عُلِم كَذِبُه فيه؛ فلم يَحْتَجْ إلى الحَدِّ لكن يُعَزَّرُ، وإن قَذَفه][١] بزنا آخرَ؛ ففيه وَجْهان أو قولان[٢]:

أحدُهما: لا يُحَدُّ.

والثاني: يُحَدُّ حدًّا ثانيًا؛ لأنَّ هذا القَذْفَ[٣] [مخالِفٌ للأولِ][٤]؛ فلِهَذا لم يَنْبَنِ[٥] حكمُه عليه[٦]، كما لو سَرَقَ ثوبًا من إنسانٍ، فقُطِعَ، ثم عادَ فسَرَقَه[٧] ثانيًا، فإنَّه يُقطَعُ ثانيًا[٨]، كذلك هاهُنا مِثْلُه.

***

(٦٨٧): مَسْألة

[فيمن قذفَ جماعةً، أو أربعَ زوجاتٍ، أو امرأتَه بأجنبيٍّ]

ولو قَذَفَ جماعةً، نَظَرْتُ، فإن[٩] قَذَفَ كلَّ واحدٍ بكلمةٍ[١٠] على الانفرادِ؛ لزِمَه لكلِّ واحدٍ حَدٌّ[١١].

وهكذا لو قَذَفَ أربعَ زوجاتٍ [له][١] في أربعِ كلماتٍ؛ [لَزِمَه][١] لكُلِّ واحدةٍ حَدٌّ، وله إسقاطُه باللّعانِ أو البينةِ.

فأمّا إذا قَذَفهنَّ بكلمةٍ واحدةٍ؛ مِثْل أن يقولَ: زَنَيْنَ، أو أَنْتُنَّ زُناةٌ، أو يا زَوَانِي، فهل يَجِبُ عليه لكُلِّ واحدةٍ حَدٌّ على الانفرادِ، أو حَدٌّ واحدٌ لجماعتِهنَّ؟ فيه قولان:

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) كذا بالشك في «روضة الطالبين»: ٨/ ٣٣٩، وفي «المهذب»: قولان.

(٣) في (خ): (الفرق)، تصحيف.

(٤) في (خ): (يخالف الأول).

(٥) في (خ): (يبن).

(٦) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٥١.

(٧) في (خ): (فسرق).

(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٣٣٠.

(٩) في (خ): (فإن كان).

(١٠) في (ب): (بكلمة اللعان).

(١١) انظر: «الأم»: ٨/ ٣٦١، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣١٨، و«المهذب» ٣/ ٣٥١.

أحدُهما: أنَّه يَجِبُ عليه حَدٌّ لكلِّ واحدةٍ[١]، [ولا تتداخَلُ الحدودُ][٢]، كما لو أَتْلف لهنَّ مالًا، أو جَرَحَ كُلَّ واحدةٍ جَرْحًا.

والقولُ الثاني: يَجِبُ لجماعتِهنَّ حدٌّ واحدٌ[٣].

فعلى هذا إذا أرادَ أن يُلاعِنَ احتاجَ أن يُلاعِنَ لكلِّ[٤] واحدةٍ على الانفرادِ، **والفرقُ بينه وبين الحَدِّ**: هو أنَّ اللِّعانَ عندنا يَمِينٌ، واليمينُ لأحدِ[٥] المُتَداعِيين لا يكون يمينًا للمُدَّعِي الآخرِ[٦]، وليس كذلك الحَدُّ؛ لأنَّه يُرادُ لدَفْعِ المَعَرَّةِ، وهذا يَحْصُلُ في حدٍ واحدٍ، كما يَحْصُلُ عند تَكرارِ الحدِّ[٧].

وإذا قُلْنا: إنَّ الحدودَ تَتداخَلُ، **فالفرقُ بينه وبين القِصاصِ** حيث لم يَتَداخَلْ: هو أنَّ القِصاصَ موضوعٌ للتَّشَفِّي، وكلُّ واحدٍ منهم يُريد ذلك؛ فلِهذا لم يَتَداخلْ، ولأنَّه قد يَسْقُط إلى مالٍ، وحقوقُ المالِ لا تَتَداخلُ، والحَدُّ بخِلافِه. [ب ١٠٣/أ]

ولو قَذَف زوجتَه بأجنبيٍّ بعَيْنِه، ولم يُقِمِ البيِّنَةَ ولم يُلاعِنْ، فإنَّه يُحَدُّ، ولم نَجِدْ من أصحابِنا من قال: هي على قولَيْن؛ لهذه المسألةِ[٨].

---

(١) انظر: «الأم»: ٦/ ٧٤٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣١٨.

(٢) في (ب): (وإلا بتداخل المحدود).

(٣) وهو انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ١٢٠.

(٤) في (خ): (بكل).

(٥) في (خ): (لأجل).

(٦) في (ب): (على الآخر).

(٧) في (خ): (الحدود).

(٨) قال الماوردي: (قال الشافعي: «وإن طلب الحدّ الّذي قذفها به لم يحدّ لأنه قذف واحد حدّ فيه مرة والولد للفراش فلا ينفى إلا على ما نفى به رسول اللّه ﷺ، وذلك أن العجلاني قذف امرأته ونفى حملها لما استبانه فنفاه عنه باللعان».

قال الماورديّ: وقد مضت هذه المسألة وذكرنا أنّه إذا قذف زوجته برجل سمّاه فإن التعن الزّوج وسمّاه في لعانه سقط حدّ قذفها وإن لم يسمّه ففي وجوب الحدّ عليه لقذفه قولان: أحدهما لا يحدّ ولا يجوز له إعادة اللّعان من أجله. والثّاني: يحدّ ويجوز له أن يسقط بلعانه، فأمّا إذا لم يلتعن من زوجته وحدّ لها ثمّ جاء المسمّى بها مطالبا فالمذهب أنّه لا يحدّ له وعلّل الشّافعيّ بأنّه =

ومنهم من قال: يُحَدُّ حدًّا واحدًا قولًا واحدًا.

ويُفارِقُ هذه المسألةَ؛ لأنَّ حَدَّ الأجنبيِّ هاهُنا وَجَب تَبَعًا لحَدِّ المرأةِ، فإذا حُدَّ لها؛ سَقَطَ حقُّ[١] الأجنبيِّ على وَجْهِ التَّبَعِ، وليس كذلك هاهُنا؛ لأنَّه ليس إحداهنَّ تابعةً للأُخْرَى، بل كلُّ واحدةٍ مُعْتَبَرةٌ بنفسِها[٢]، فدلّ على الفَرْقِ بينهما.

***

(٦٨٨): مَسْأَلَةٌ

ولو قَذَفَ رجلًا واخْتَلَفا[٣]، فقال القاذِفُ: قذفتُك وأنت عبدٌ، وقال: بل حُرٌّ[٤]، فيُنْظَرُ فيه، فإن عُلِم له حالُ عُبوديّةٍ؛ كان القولُ قولَ القاذِفِ، وإن عُلِم [له حالُ][٥] الحُريةِ؛ كان القولُ قولَ المقذوفِ، وإن أَشْكَلَ حالُه؛ فقال هاهُنا وفي كتابِ اللّقيطِ: إنَّ القولَ قولُ القاذِفِ[٦].

وقال في موضعٍ آخرَ: وإذا قَتل رجلٌ لقيطًا، واخْتَلفا في حُريتِه[٧]؛ كان القولُ قولَ المَجْنيِّ عليه.

قذف واحد قد حدّ فيه مرّة يعني أنّ الزّنا الّذي قذفهما به واحد فلم يجب فيه إلّا حدّ واحد وقد استوفى منه فلم يعد عليه، وقد وهم بعض أصحابنا فخرّج قولا آخر إنّه يحدّ من اختلاف قوله فيمن قذف جماعة بكلمة واحدة، وقد ذكرنا من الفرق بينهما ما يمنع من صحّة هذا التّخريج، فإن قيل بتخريجه في وجوب الحدّ عليه ففي جواز لعانه منه وجهان:

أحدهما: يجوز أن يلاعن منه، لأنّه قذف قد كان مجوّزا في حقّ كلّ واحد منهما، والثّاني: لا يجوز لأنّه تبع لحدّ الزّوجة في اللّعان فلم يجز مع سقوط اللّعان في حقّ الزّوجة أن يفرد باللّعان). انظر :«الحاوي الكبير» ١١/ ٧٩.

(١) في (خ) : (حد).

(٢) في (خ) : (لنفسها).

(٣) في (خ) : (وأحلفا)، تصحيف.

(٤) في (خ) : (أنا حر).

(٥) ساقط من (ب) .

(٦) انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٢٣٧.

(٧) في (خ) : (حرمته).

فمن أصحابِنا من نَقَلَ جوابَ إِحْدَى المسألتَيْن إلى الأُخرى، وخرَّجهما[١] على قولَيْن.

ومنهم من أَجْراها[٢] على ظاهرِهما، **وفرّق بينهما**؛ فقال: لو جعلْنا في الجنايةِ القولَ قولَ الجاني، أَدّى إلى أن لا يَجِبَ للمَجْنيِّ عليه شيءٌ الْبَتّةَ، وليس[٣] كذلك في القَذْفِ، فإنّا وإن أَسْقَطْنا الحَدَّ عن القاذِفِ؛ أَوْجَبْنا عليه مُنيته[٤] من جنسِه، وهو التّعْزِير[٥]، فلِهذا افْترَقا.

***

(٦٨٩): مسألة

[فيمن قَذَف امرأته في حالِ حصانتِها فلم يُحَدْ حتى زَنَت]

إذا قَذَفَ امرأتَه [بالزّنا][٦] في طُهْرٍ لَمْ يَمسَّها فيه، ثم لم يُقَمِ الحَدُّ [عليه][٦]، ولا اللِّعانُ حتى سَقَطَت حصانتُها[٧] بأن[٨] زَنَتْ، فهل يُؤَثِّرُ في الحَصانةِ المُتقدِّمةِ[٩]؟

من أصحابِنا[١٠] من قال: لا تَسْقطُ الحَصانةَ، كما لو[١١] زَنَى وهو عبدٌ، ولم يُقَمْ عليه الحَدُّ حتى أُعْتِقَ، فإنَّه يُقامُ عليه حَدُّ العبدِ.

---

(١) في (خ) : (فخرجها).

(٢) في (ب) : (خرجهما).

(٣) في (خ) : (ولو).

(٤) ليست في (خ) ، ومنية مادتها منى بالألف المقصورة وهي هنا تعني القدر وقصد (فأوجبنا عليه قدره) من جنسه

قال ابن فارس : (مني) الميم والنّون والحرف المعتلّ أصل واحد صحيح، يدلّ على تقدير شيء ونفاذ القضاء به. منه قولهم: منى له الماني، أي قدّر المقدّر. قال الهذليّ: لا تأمننّ وإن أمسيت في حرم ... حتّى تلاقي ما يمني لك الماني. انظر «مقاييس اللغة» ٥/ ٢٧٦.

(٥) انظر : «نهاية المطلب» ٨/ ٥٤٥، ٥٤٦.

(٦) ساقط من (ب) .

(٧) في (ب) : (حصانتهما).

(٨) في (ب) : (وأن).

(٩) في (ب) : (المقدمة).

(١٠) قال به المزني رَحِمَهُ اللَّهُ.

(١١) في (ب): (لو قال).

وقد يُمْكِنُ **الفرقُ بينهما** بأن يُقال: الحدودُ مُعْتَبَرةٌ بحالِ الوجوبِ؛ فلِهذا يتغيَّرُ[1] حُكْمُنا بالإعتاقِ[2]، وليس كذلك في مسألتِنا، فإنَّ الزِّنا في الثاني يُؤَثِّرُ في الحصانةِ المُتقدمةِ، وتَوقعِ الشُّبْهةِ فيها؛ فلِهذا المعنى لم يَجِبِ الحَدُّ.

ومن أصحابِنا من قال في أصلِ المسألةِ: إنَّ الزِّنا الثاني[3] لا يُسْقِطُ الحَصانةَ المُتقَدِّمةَ، كما لو شَهِدَ شاهدانِ عند الحاكمِ بشيءٍ، ثم فُسِّقَا بعد ذلك، فإنَّه لا يُؤَثِّرُ هذا[4] الفِسْقُ في الشهادةِ المتقدِّمة، كذلك هاهُنا.

ومنهم من فَرّق بينهما، فقال: الحكمُ بالشّهادةِ [وَقَعَ][5] من حيثُ الظاهِرُ وحدوثُ الفِسْقِ بعد ذلك لا يَقدَحُ في أمرٍ قد حُكِمَ بصحتِه، وليس كذلك في مسألتِنا فإنّا[6] لم نَقْطَعْ[7] على الحَصانةِ؛ فلِهذا أَثّر فيها حدوثُ الوَطْءِ المُحَرّمِ، فدلّ على الفرقِ بينهما. [خ١٧١/ب]

***

(٦٩٠): مَسْألَة

[فيمن تظاهرَ من أربعِ نسوةٍ بكلمةٍ واحدةٍ] [ب ١٠٣/ب]

إذا تَظاهَرَ من أربعِ نِسْوةٍ [له][5] بكلمةٍ واحدةٍ؛ مِثْل أن يقول لهنَّ: أَنتُنّ عليَّ كظَهْر أُمّي، ثم عادَ؛ لَزِمَه أربعُ كفاراتٍ في أَصَحِّ القولَيْن[8].

ولو طَلَّق أربعَ نِسْوةٍ له طَلاقًا رَجْعِيًّا؛ كَفَاهُ أن يُراجِعَهُنَّ[9] بكلمةٍ واحدةٍ؛ بأن يقولَ: ارْتَجعتُكن إلى نكاحي[10].

---

(١) في (ب): (يعتبر).

(٢) في (ب): (بالأعيان).

(٣) في (خ): (في الثاني).

(٤) في (ب): (في هذا).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (خ): (لأنا).

(٧) في (خ): (نقع).

(٨) انظر: «الأم»: ٦/ ٧٠٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٧، و«المهذب» ٣/ ٦٨، «روضة الطالبين» ٨/ ٢٧٥.

(٩) في (خ): (يرتجعهن).

(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٤٣٨.

والفرقُ بينهما: أنَّ القَصْدَ من الظِّهارِ التَّغْليظُ عليه؛ لأنَّه قد أتى بمُنْكَرٍ من القَوْلِ، فلِهَذا وَجَبَ عليه لكُلِّ واحدةٍ كفارةٌ، وليس كذلك الرّجعةُ، فإنَّما هي سَدٌّ لِما[١] تَثَلّم من النكاحِ وإصلاحِ ما تَشَعّثَ [منه][٢]، فلِهذا كَفاهُ في ارتجاعِهنَّ كلمةٌ واحدةٌ.

ألا تَرَى أنَّه لو طَلّقهن على الانفرادِ فارْتَجَعْهن دَفْعةً واحدةً؛ كَفاهُ رجعةٌ واحدةٌ، وليس كذلك الظّهارُ، فإنَّه لو تَظاهَرَ من كلِّ واحدةٍ على الانفرادِ؛ لَزِمَه الكفارةُ عن كلِّ واحدةٍ، كذلك عند الاجتماعِ، فدلّ على ما ذكرْناهُ.

***

(٦٩١): مَسألة

[في امرأةِ الصبيِّ الذي لا يُجامِعُ مثلُه بولدٍ بعد موتِه]

إذا أتَتِ امرأةُ الصَّبِيِّ الذي لا يُجامِعُ مِثْلُه بولَد بعد مَوْتِه؛ لم يَلْحَقْه ولا تنْقَضي [به][٣] العِدّةُ[٤]، ولو لَاعن زوجتَه وأبانَها[٥] وهي حامِلٌ، ثم وَضَعَت انْقَضَتْ عِدّتُها.

وكان **الفرقُ بينهما**: هو أنَّ وَلَدَ الصّبِيِّ لا يَلْحَقُه نَسَبُه؛ فلِهذا لم تَنْقَضِ [به][٣] العِدّةُ، وليس كذلك في المُلاعَنة؛ فإنَّه لو كَذّبَ[٦] [نفسَه][٣]؛ لَحِقَه النّسَبُ؛ فلِهذا [انْقَضَتْ به][٢] العِدّةُ عنه[٧].

***

(١) في (خ): (ما).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) ساقط من (خ).
(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٢٣.
(٥) في (ب): (وأبانها بها).
(٦) في (خ): (أكذب).
(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ١٩٠.

[فيمن أقرَّت بإنقضاءِ عدتَها، ثم أتت بولدٍ لستةِ أشهرٍ]

(٦٩٢): مَسْألة

إذا أَقَرّت المُطلّقةُ بانقضاءِ عِدّتِها، ثم أَتَتْ بوَلَدٍ لستةِ أَشْهرٍ، فصاعِدًا، وهي[1] غيرُ مُتزوجةٍ؛ لَحِقَ بالأول، وعلمنا[2] كذبَها في إقرارِها[3]، فأمّا إذا كان عنده أَمَةٌ وهو يَطَأُها[4]، ثم استبرأَها، فأَتَتْ بعد ذلك بوَلَدٍ لسّتةِ أَشْهر فصاعِدًا؛ فإنّه لا يُلحَقُ بالسَّيدِ.

[خ ١٧٢/أ]

واختلَفَ أصحابُنا، فقال أبو العباسِ: لا فَرْقَ بينهما، فنَقَلَ جوابَ إِحْدَى المسألتَيْن إلى الأُخْرى، [وقال][5]: هما على قولَيْن، **والمَذْهَبُ**: أنّهما على ظاهرِهما[6].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ في الحُرّةِ الفِراشَ باقٍ ما لم تتَزّوجْ؛ فلِهذا أَلحَقْنا الولدَ بالزّوْجِ؛ لأنَّه حَدَثَ على فراشِه، وقبل حُدوثِ فِراشٍ آخرَ، وليس كذلك في السَّيدِ، فإنَّه [لا يُمْكِنه إزالةُ فراشِ الأَمَةِ إلّا][7] بالاستبراءِ، وقد وُجِدَ ذلك؛ فلِهذا لم يَلحَقْه الولدُ إذا أتَتْ به بعد الاستبراءِ[8]، فدلّ على الفَرقِ بينهما.

***

---

(١) في (ب) : (أو هي).

(٢) في (خ): (وعلمها)، تصحيف.

(٣) انظر: «الأم» : ٦/ ٥٥٧، و«مختصر المزني» : ٨/ ٣٢٤.

(٤) في (ب) : (يظاهرها). وقوله يظاهرها كما في (ب) أي أنه ممتنع من جماعها .

(٥) ساقط من (خ) .

(٦) انظر : «المهذب» ٣/ ٧٩، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣٧٨.

(٧) في (خ) : (يمكنه إزالة فراش الأمة).

(٨) انظر : «الحاوي الكبير» : ١١/ ٢١٤.

(٦٩٣): مسألة

[في أنواع المعتدةِ]

المُعْتَدةُ على ثلاثةِ أَضْربٍ:

[مُعْتَدَّةٌ][١] عن طلاقٍ رَجْعِيٍّ ، فهذه لها السُّكْنَى والنَّفَقةُ[٢].

والمُعْتَدةُ عن طلاقٍ بائِنٍ، فتَسْتَحِقّ السُّكْنَى دونِ النفقةِ، إلا أن تكونَ حامِلًا، فإذا ثَبَتَ هذا فيُقال: ما الفرقُ بينهما؟

فالجوابُ: أنَّ الرِّجْعيةَ في مَعْنى الزّوجاتِ؛ فلِهذا اسْتَحقّت السُّكْنَى والنَّفقةَ، وليس كذلك البائِنُ لأنَّها ليسَتْ في معنى الزّوجاتِ، **ألا تَرى** أنَّه لا يَثْبُتُ التّوارُثُ بينهما، وإنَّما استحقَّت [البائنُ][٣] السُّكْنَى دون النفقةِ؛ لأنَّ السُّكْنَى يتعلّقُ به حقُّ اللهِ تعالى والآدميِّ، وهو تَحْصينُ الماءِ، فلِهذا المعنى وَجبَت [لها][١]، وليس كذلك النّفقةُ، فإنَّها تَجِبُ في مقابلةِ التّمكينِ من الاستمتاعِ، فإذا زالَ ذلك زَال ما في مقابلتِه. [ب ١٠٤/أ]

يُوضِّحُ صحةَ ذلك: أنّ اللهَ تعالى قال: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٦] فأَوْجبَ النَّفقةَ لهنَّ بالشّرْطِ أن يَكُنَّ حواملَ، دَلّ على أنَّها إذا كانَتْ غيرَ حاملٍ فلا نفقةَ لها.

والمُعتدّةُ الثالثةُ: المُتوفَّى عنها زوجُها، فلا خِلافَ على المَذْهَبِ أنَّه لا نَفقةَ لها، فهل تَسْتَحِقُّ السُّكْنَى، أم لا ؟ على قولَيْن: [خ ١٧٢/ب]

أحدُهما : لا سُكْنَى [لها][٣] قياسًا[٤] على النَّفقةِ.

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) انظر: «المهذب» ٣/ ١٥٦.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (خ): (قياما).

والثاني: لها السُّكْنَى[1]، **ويُفارِق النَّفقةَ**: هو أنَّ [لها السُّكْنَى بِرًّا و][2] لحِفْظِ الماءِ؛ فلِهذا اسْتَوَى [فيه][3] المُتَوَفَّى عنها [زوجُها][4] وغيرِها، وليس كذلك النَّفقةُ، فإنَّها وإن لم تَسْتَحِقَّها، فقد جُعِلَ لها في مُقابلتِها شيءٌ آخرُ، وهو الميراثُ، فدلَّ على افتراقِهما[5].

***

(٦٩٤): مَسْألة

[في المعتدةِ في دارٍ استحقَها الغرماءُ]

إذا استَحقَّتِ المُطَلَّقةُ على زوجِها السُّكْنَى، فأَسكنَها في موضعٍ هو مِلْكٌ له ورَكِبَتْه دُيونُ [الغُرماءِ][3]، فإن[6] تعلَّقَتِ الدُّيونُ بعَيْنِ[7] تلك الدارِ؛ كان للغُرماءِ بيعُ أَعيانِ مالِه دون تلك الدارِ حتى تَنْقَضِيَ مُدَّةُ سُكْنى المرأةِ[8]؛ لأنَّ حَقَّها قد تعلّق بها، فلِهَذا كانَتْ مُقدَّمةً على الغُرَماءِ.

فإن قيل: [فلِمَ لَمْ تُجَوِّزُوا][9] بيعَها على أحدِ القولَيْن، كما جوّزتُم بيعَ الدارِ المُسْتأجَرةِ على أحدِ القولَيْن، وهما في المَعْنَى واحدٌ[10]؟

قُلْنا: الفرقُ بينهما: هو أنّا لو جَوّزْنا بيعَ الدارِ التي قد اسْتَحقّت سُكناها المُطلّقةُ؛ لم[11] نَأْمَنْ أن تَموتَ قبل انقضاءِ العِدّةِ، فيَرْجِعُ ذلك إلى الزّوْجِ على وَجْهِ[12] المِيراثِ، فيكونُ في معنى من باعَ شيئًا،

---

(١) انظر: «الأم»: ٥/ ٢١٢، و٦/ ٥٧٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٢٧، و«الحاوي الكبير»: ١١/ ٢٥٦.

(٢) في (خ): (السكنى تراد).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) ساقط من (خ).

(٥) في (خ): (الفرق بينهما).

(٦) في (خ): (و).

(٧) في (خ): (برقبة).

(٨) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٢٧.

(٩) في (ب): (لم لا يجوز).

(١٠) في (ب): (الواحد).

(١١) في (ب): (ثم لم).

(١٢) في (خ): (جهة).

واستثنى مَنْفَعته؛ فلهذا بَطَلَ على القولَيْن[١] جميعًا، وليس كذلك بيعُ الشيءِ المُستأجَرِ على أحدِ القولَيْن ، فبان الفَرقُ بينهما.

***

[في المعتدةِ تستحقُ السُّكنى، وعلى الزوجِ ديونٌ]

(٦٩٥): مسألة

إذا رَكِبَ الزوجَ ديونُ الغُرَماءِ وطَلّق زوجتَه بعد ذلك، فاستَحقّتِ السُّكْنَى، فإنّها تكونُ كأُسْوةِ الغُرماءِ، فإذا قَسّم مالَه[٢] على الغرماءِ؛ رَجَعَتْ بقَدْرِ أُجرةِ السُّكْنى إلى[٣] مُدّةِ العِدّةِ، فإن كانت مِمّن تَعْتَدّ بالأَقْراءِ ضاربَتْهم[٤] بأُجْرةِ ثلاثةِ أَقْراءٍ.

وإن كانت تَعْتَدُّ بالشُّهورِ ضاربَتْهم[٤] بأُجْرةِ ثلاثةِ أشهرٍ.

وإن كانَتْ حامِلًا ضاربَتْهم[٥] بأُجْرة [أقلِّ مدةِ][٦] الحَمْلِ، وهو ستةُ أشهرٍ[٧].

ثم نَنْظُرُ؛ فإن خَرَجَ ذلك زمانَ [أُجرةِ تلك][٨] المُدّةِ، فلا كلامَ.

وإن خَرَجَتِ الأُجرةُ أَزْيَدَ؛ رَدّت الزيادةُ على الغُرماءِ، وإن خرجَتْ أَقَلَّ، فهل لها أنَ تَرْجِعَ بذلك، أم لا ؟

اختلَفَ أصحابُنا فيه على وُجوهٍ ثلاثةٍ؛ فمنهم من قال: لا رُجوعَ لها بحالٍ[٩]، [قال][١٠]: لأنَّ [ذلك نَقْضٌ][١١] لِما حَكَمْنا به؛ فلِهذا قُلْنا: لا تَرْجِعُ، ومنهم من قال: تَرْجِعُ به بكلِّ حالٍ.

---

(١) في (ب) : (أحد القولين). (٢) في (ب) : (المال). (٣) في (خ) : (في).

(٤) في (ب) : (صار بينهم). (٥) في (ب) : (صارت). (٦) في (خ) : (أول).

(٧) حكاه الماوردي قولاً لأبي علي بن أبي هريرة، واختيارًا لأبي حامد الإسفراييني ، انظر : «الحاوي الكبير» : ١١/ ٢٥٤، ٢٥٥، «روضة الطالبين» ٨/ ٤٢١.

(٨) في (ب) : (بذلك). (٩) في (ب) : (حالا).

(١٠) ساقط من (خ) . (١١) في (خ) : (في ذلك نقضا).

قال أبو إسحاقَ: إن كانَتْ مُعتدّةٌ بالحملِ؛ رَجَعَتْ بالزيادةِ، وإن كانَتْ تَعْتَدُّ بغيرِه؛ لم تَرْجِعْ، قال: **والفرق بينهما**: هو أنَّها إذا كانَتْ تَعْتَدُّ بالحَمْلِ؛ فهي غيرُ مُتَّهَمَةٍ في قولِها أنَّ[1] ذلك القَدْرَ لم يَفِ بأُجْرةِ السَّكَنِ[2] في تلك المُدَّةِ، وليس كذلك إذا كانَتْ تَعْتَدُّ بغيرِه، فإنَّ[3] التُّهمَةَ تَلْحَقُها[4]. [ب ١٠٤/ب]

***

(٦٩٦): مَسْألة

[فيما إذا لم تطالبْ بأُجرةِ المسكنِ حتى مَضت العِدةُ]

إذا طُلّقت، فلم تُطالِبْ بأُجْرةِ المَسْكنِ حتى مَضَتِ العدةُ؛ [لم يَكُنْ لها أن][5] تَرْجِعَ على الزَّوجِ بالأُجرةِ.

وتُفارِقُ [النَّفقةَ][6] حيث قُلنا: إنَّها تَرْجِعُ بها: بأنَّ[7] النفقةَ [وَجَبَتْ][8] على طريقِ المُعاوضةِ؛ لأنَّها في مُقابَلةِ التَّمْكِينِ وقد وُجِدَ ذلك منها فاسْتحَقَّت الرجوعَ بما[9] في مقابلتِه، لأنَّه قد صار دَيْنًا لها عليه، وليس كذلك السُّكْنى[10]، فدلّ على الفرقِ بينهما.

***

(١) في (خ) : (لأن).

(٢) في (خ) : (المسكن).

(٣) في (ب) : (فإن كانت).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٢٥٥، ٢٥٦، و«نهاية المطلب» ١٥/ ٢٢٤، «روضة الطالبين» ٨/ ٤٢٢.

(٥) في (ب): (ثم لم تسكن بها أو ترجع).

(٦) ساقط من (خ).

(٧) في (ب): (فإن).

(٨) ساقط من (ب).

(٩) في (ب): (بها).

(١٠) انظر : «البيان في مذهب الإمام الشافعي» : ١١/ ٧٠.

(٦٩٧): مسألة

[في إحدادِ البائنِ]

لا خِلافَ أنَّ المُطلَّقةَ الرَّجْعِيَّةَ لا إِحْدادَ[١] عليها، وفي المُطلَّقةِ البائنِ قولان، **والفرقُ بينهما** ما ذكَرْناهُ من [أنَّ][٢] الرَّجْعيةَ في معنى الزَّوْجاتِ[٣]، وليس كذلك البائنُ.

فأمّا المُتَوفّى عنها، فيَجِبُ عليها الإحْدادُ، **ويُفارِقُ** البائنَ[٤]؛ **لأنَّ** فُرْقةَ الوفاةِ [حَصَلَتْ][٢] بغيرِ اختيارِ الزَّوْجَيْن، وليس كذلك فُرْقةُ الطلاقِ، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٦٩٨): مسألة

[في اجتماعِ عدتين على المرأةِ]

إذا اجْتَمع على المرأةِ عِدّتان؛ مِثْل أن يُطَلِّقَها زوجُها بعد الدخولِ، فتُوطَأُ بشُبْهةٍ، فقد وَجَب عليها عِدّتان؛ [عِدّةٌ][٥] من الزوجِ، وعِدّةٌ [من][٥] وَطْءِ الشُّبْهةِ. [خ١٧٣/ ب]

وهكذا لو نُكِحَتْ في العِدّةِ، ودَخَلَ بها الزوجُ [الثاني][٢]، وكانا جاهلَيْن، وفُرِقَ بينهما؛ وَجَبَ[٦] عليها أيضًا[٧] عِدّتان؛ عِدّةٌ من الأولِ، وعِدّةٌ من الثاني، وما أَشْبه ذلك، فإذا وُجِدَ ذلك؛ لم يَتَداخلَا، ووَجَبَ عليها العِدّتان جميعًا[٨].

---

(١) الإحداد من الحدّ، وهو المنع؛ لأنها تمنع الزّينة، يقال: أحدّت المرأة إحدادا، وحدّت تحدّ وتحدّ، بضمّ الحاء وكسرها. «تحرير ألفاظ التنبيه»ص: ٢٨٥.

(٢) ساقط من (خ).

(٣) انظر: «الأم»: ٦/ ٥٨٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٢٨، و«الحاوي الكبير»: ١١/ ٢٧٥.

(٤) انظر : «الحاوي الكبير» : ١١/ ٢٧٥.

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (ب) : (فقال وجبت).

(٧) في (خ) : (القضاء).

(٨) انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٣٢٩.

ويُفـارِقُ الآجـالَ[1] في الدُّيـونِ حيـث قُلْنـا: تَتَداخَـلُ؛ لأنَّ الآجـالَ[1] ليسَـتْ بمقصـودةٍ، وإنَّمـا هـي [تابِعـةٌ][2] لغيرِهـا، وليـس كذلـك العِـدَّةُ، فإنَّهـا مقصـودةٌ في نفسِـها؛ فلِهـذا لـم تَتَداخـلْ.

فأمّا إذا وَجَبَت عليها عِدّتان [لرجلٍ واحدٍ][3]، فإنَّها تَتَداخلُ.

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ الحَقَّيْـن هاهُنـا لآدمِيَّيْـن[4]؛ فلِهـذا لـم يَتَداخـلَا، وليـس كذلـك إذا كانَـتْ لرجـل واحـدٍ، فـإنَّ الحَقَّيْـن لرجـلٍ واحـدٍ؛ فلِهـذا يَتَداخـلَا[5].

وأمّا إذا نكَحَ ذِمّيٌّ ذمية ودَخَل بها، ثـم طَلَّقَها فأَسْلَمَتْ، فإنَّه تَجِبُ عليهـا العِـدّةُ، فـإن تَـزوَّجَ[6] بهـا مُسْـلمٌ في العِـدّةِ؛ كان عليهـا عِـدّةٌ واحـدةٌ، هكـذا نـصَّ عليـه.

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ المَعْنَـى في الذِّمِّـيِّ: أنَّ العِـدّةَ وَجَبـت عـن [مـاءِ][7] مَـن لا حُرْمـةَ لمائـه[8] وهـو الكافـرُ[9]؛ فلِهـذا تَداخـلا، وليـس كذلـك هاهنـا، فـإنَّ الحَقَّيْـنِ وَجَبـا لآدمِيَّيْـن كاملَـي الحُرْمـةِ[10]؛ فلِهَـذا لـم يَتَداخـلا، فبـان الفـرقُ بينهمـا.

ومن أصحابِنا من قال: لا يَتداخَلانِ[11].

***

---

(١) في (ب): (الإحلال).

(٢) ساقط من (خ).

(٣) في (ب): (لو وجد واحدة).

(٤) في (ب): (لازمين).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٢٩١.

(٦) في (ب): (توقع).

(٧) ساقط من (ب).

(٨) في (ب): (له لما به).

(٩) في (ب): (الكفر).

(١٠) في (خ): (الحرية).

(١١) انظر: «روضة الطالبين» ٨/ ٣٩٣.

[في استبراءِ الأَمَةِ يطأُها سيدُها قبل بيعِها]

[ب ١٠٥/أ]

(٦٩٩): [مَسْألةٌ][(١)]

فأمّا إذا كانت عنده أَمَةٌ ووَطِئها، وباعَها قبل استبرائِها[(٢)]، فإنَّ المُشتَرِيَ يَسْتبْرِؤُها بقُرْءٍ واحدٍ[(٣)].

ويُفارِقُ مسألتَنا؛ لأنَّ الاستبراءَ يَجِبُ لتجَدُّدِ[(٤)] المِلْكِ؛ فلِهذا اكْتُفِيَ فيه باستبراءٍ واحدٍ، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ العِدّةَ تَجِبُ لأَجْلِ زَوالِ الفِراشِ لا بتجَدّدِ[(٤)] المِلْكِ؛ فلِهذا لم يتداخَلا[(٥)]، فبان الفرقُ بينهما.

***

[في بيعِ الأمةِ في مدّةِ الاستبراءِ]

[خ ١٧٤/أ]

(٧٠٠): **مَسْألة**

إذا كانت [له][(١)] أَمَةٌ يَطَؤُها، ثم أرادَ بَيْعَها، [فإنَّه يَستَبرِؤُها فإن باعَها في مُدّةِ الاستبْراءِ؛ صَحّ البيعُ[(٦)].

ويُفارِقُ هذا بيعَها][(١)] إذا كانَتْ مُستأجَرةً حيث قُلْنا: لا يَجوزُ على أحدِ القولَيْن؛ لأنَّ في الإجارةِ يدًا حائلةً بين المُشْتري وبين المَبيع، وهو حَقُّ المُسْتأجِرِ؛ فلِهذا لم يَصِحَّ البيعُ، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّه لا يدَ هناك حائلةٌ تَمْنعُ من جوازِ البيعِ؛ فلِهذا افْتَرقا.

فإذا تقرّر هذا، **فإن قيل**: فلم جازَ بيعُ الأَمَةِ في مُدّةِ الاستبراءِ، ولم يَجُزْ تَزْويجُ الحُرّةِ [في العِدّةِ][(١)]؟

قيل: الفرقُ بينهما: أنَّ القَصْدَ من النكاحِ الاسْتِمتاعُ، **ألا ترَى** أنّه لا يَجُوزُ

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (خ): (أن يستبرئها).

(٣) انظر: «المهذب» ٣/ ١٣٧.

(٤) في (ب): (لتجديد).

(٥) في (خ): (يتداخل).

(٦) انظر: «المهذب» ٣/ ١٣٨، ١٣٩، و«روضة الطالبين» ٨/ ٤٣٣.

[له][1] أنْ [يَتزوّجَ بمَنْ][2] لا يَحِلُّ له تَزْوِيجُها من ذَوَاتِ المَحارِمِ، [وليس كذلك البَيْعُ وأَنَّ القصدَ منه طَلَبُ النّماءِ والربحِ، **ألا ترى** أنَّه يجوزُ له أن يَشْتَرِيَ مَنْ لا يَحِلُّ له وَطْؤُها من ذواتِ المَحارِمِ][3]؛ ولِهذا فُرِق بينهما.

***

(٧٠١): مَسْأَلَة

[في المرأةِ تُنْكَحُ في أثناءِ عدتِها]

إذا تزوّجتِ المرأةُ في أثناءِ العِدّةِ، فدَخَلَ بها الزوجُ [الثاني، فإنَّه يُفَرّقُ بينهما ويُنْظَرُ، فإن كانا عالمَيْن؛ فهما زانِيان، وإن كانا جاهلَيْن، فهو وَطْءُ شُبْهةٍ][4].

فإذا تَقَرّر هذا، فإنّا[5] نُفَرّقُ بينهما، فإذا انْقَضَتِ العدةُ فأرادَ الزوجُ أن يَتَزَوّجَ بها، فهل يَجُوزُ[6] ذلك، أم لا ؟

قال في القديم: لا يجوزُ، وهي مُحَرَّمةٌ عليه أبدًا، ويُرْوَى ذلك عن عمرَ بنِ الخطّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[7]، [وبه] قال مالك[8].

وقال في الجديدِ: يَجوزُ له ذلك، [وهكذا رُوِيَ][9] عن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[10]، وبه قال أهلُ العِراق[11].

---

(١) ساقط من (ب). (٢) في (ب): (تتزوج لمن).

(٣) ساقط من (ب)، انظر: «الحاوي الكبير»: ٥/ ٢٧٥، ٢٧٦.

(٤) ساقط من (ب)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٢٨٧.

(٥) في (ب): (فإما). (٦) في (ب): (له).

(٧) أخرجه مالك في «الموطأ»: ٢/ ٥٣٦، رقم (٢٧)، والشافعي: ٢/ ٥٦، رقم (١٨٥)، وعبد الرزاق في «مصنفه»: ٦/ ٢١٠، رقم (١٠٥٤١)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار»: ١١/ ٢٢٤، رقم (١٥٣٤٥).

(٨) انظر: «المدونة الكبرى»: ٢/ ٢٣. (٩) في (خ): (ويروى).

(١٠) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: ٧/ ٤٤١، رقم (١٥٩٥٢)، انظر: «نهاية المطلب» ١٥/ ٢٨٣.

(١١) انظر: الأصل، للشيباني: ٤/ ٤١٦، والموطأ (رواية محمد بن الحسن): ٢/ ٤٦٥.

فإذا ثبَتَ هذا، فإن قيل: أليس لو قَتَل الوارِثُ موروثَه حَرُمَ عليه الإرثُ، ولم يَرِثْه بحالٍ؟ فهَلّا كان هاهُنا مِثْلُه [إذْ معناهما][1] واحِدٌ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما استَعْجل ما كان مُباحًا له.

قُلنا: الفَرقُ بينهما ظاهِرٌ: وهو أنَّ المَعْنَى في القاتلِ مَوْروثَه وُجِدَ منه مَعْنًى [لا يُمْكِنُ تَلافِيه؛ فلِهذا حَرُمَ عليه الإرثُ، وليس كذلك الناكحُ في العدةِ؛ لأنَّه وُجِدَ منه مَعْنًى][2] يُمْكن تلافيه؛ فلِهذا فُرّق بينهما، فهذا فرقٌ حَسَنٌ.

***

(٧٠٢): مسألة

[في امرأةِ المفقودِ]

إذا غابَ زوجُ المرأةِ غَيْبةً مُنْقطعةً بحيث لم يُسْمَعْ خبَرُه؛ فلا خِلافَ أنَّ مِلْكَه [باقٍ][2] عن أموالِه وإمائِه [وأنَّها][2] لا تزولُ، وأمّا زوجتُه، **فالصَّحيحُ من المذهَبِ**: أنَّها باقيةٌ لا تَزُولُ حتى يُتيقَّنَ موتُه أو يَأْتِيها طلاقُه[3]، وبه قال أبو حنيفةَ[4].

وقال في القديمِ: تَتَربَّصُ أربعَ سنين بعد أنْ ترفَعَ أمرَها إلى الحاكمِ، فيَبْعَثُ إلى البلادِ التي يُعْلَمُ أنَّه يسافِرُ[5] إليها، ويُكْشَفُ عن ذلك، فإن لم يُسْمَعْ له بخَبَرٍ [فمَضَت أربعُ سنين][6]؛ حُكِمَ بوقوعِ الفُرْقةِ، وأَبْرأَها[7] بعِدّةِ الوفاةِ[8].

---

(١) في (خ): (ومعناها). (٢) ساقط من (خ).

(٣) انظر: «الأم»: ٦/ ٦٠٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٣٠، و«روضة الطالبين» ٨/ ٤٠٠.

(٤) انظر: الأصل، للشيباني: ٩/ ٣٥٠، و«الهداية في شرح بداية المبتدي» للمرغيناني: ٢/ ٤٢٤.

(٥) في (ب): (سافر). (٦) ساقط من (ب). (٧) في (خ): (وأمرها).

(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٣١٦، وهو قول الإمام مالك، انظر: «المدونة الكبرى»: ٢/ ٢٩.

وهل تَقَعُ [هذه][1] الفُرْقةُ ظاهرًا وباطنًا أو ظاهرًا دون الباطنِ على قولَيْن.

فإذا ثَبَتَ [هذا][1]، وحُكِمَ بوقوعِ الفُرْقَةِ فتزوّجَتْ، ثم جاء الزوجُ الأولُ، فما الحكمُ فيه؟

اختَلَف أصحابُنا رحمهم اللهُ تعالى في ذلك على وجهَيْن، فمنهم من قال: إن قُلنا: إن فُرْقةَ الحاكمِ قد وَقَعَت ظاهرًا وباطنًا؛ فهي للثاني دون الأولِ، وإن قُلْنا: إنَّها وقعَتْ من حيث الظاهرُ دون الباطنِ؛ فهي للأولِ دون الثاني[2]. [ب ١٠٥/ب]

ومن أصحابِنا من قال: نَنْظرُ فيه، فإن جاء الأولُ قَبْل دُخولِ[3] الثاني [بها][1]؛ فهي للأَوّلِ على القولَيْن [جميعًا][1]، وإن جاءَ بعد [الدخولِ][4] بها؛ فهي له دون الأولِ على القولَيْن جميعًا.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا دَخَلَ بها فقد شَرَعَتْ في المقصودِ بالفُرْقةِ فصارَتْ كالمُتَيَمّمِ إذا رأى الماءَ بعد دُخولِه في الصلاةِ حيث قُلنا: يَمْضي على صلاتِه، ولا يَلْزمُه الخروجُ منها، وليس كذلك قبل التَّزويج؛ لأنَّها لم تَشْرعْ في المقصودِ بالفُرْقةِ، فكانت كالمُتَيَمّمِ إذا قَدَرَ على الماءِ قبل دُخولِه في الصلاةِ حيث قُلنا: يَبْطُلُ تيممُه، ويلزمُه استعمالُه[5]، وهذا فَرْقٌ حسنٌ مَليحٌ، واللهُ أعلمُ. [خ ١٧٥/أ]

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٣١٨، ٣١٩.
(٣) في (خ): (أن يتزوج).
(٤) في (خ): (أن يتزوج الثاني).
(٥) وهذه طريقة العراقيين من الشافعيّة، قال الجويني -بعدما نقل طرق الأصحاب: هذا بيان طرق الأصحاب، وإن استقام شيء منها؛ فلا يستقيم إلا طريقة العراقيين. انظر: «نهاية المطلب» ١٥/ ٢٩١، ٢٩٢، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١١/ ٤٨.

وفرقٌ آخر: وهو أنَّها إذا تزوَّجت فقد تعلَّق عليها حقٌّ للغير[١]؛ فلهذا لم تعُدْ إلى الأول، فإذا لم تتزوَّج لم يتعلَّق عليها حقٌّ لغيره؛ فلهذا عادت إليه.

***

[في العددِ والزمانِ المستلزمِ لتحريمِ الرَّضاعِ]

(٧٠٣): **مسألة**

تحريمُ الرَّضاع يتعلَّقُ بعددٍ محصورٍ في زمانٍ محصورٍ، وأمَّا العددُ[٢]؛ فلا يثبُتُ التحريمُ بأقلِّ من خمسِ رضعاتٍ متفرِّقاتٍ في مُدَّةِ[٣] الحولَيْن، وأمّا بأقلّ من خمسِ رضعاتٍ؛ فلا يثبُتُ به تحريمٌ، وهذا[٤] إذا وُجِدَ الرَّضاعُ، فيما زادَ على السنتَيْن[٥].

وأمّا وُجوبُ الحدِّ بشُرْبِ الخمْرِ، فليس العددُ بشَرْطٍ فيه، بل يثبُتُ ذلك بشُرْبِ قَطْرَةٍ منه.

والفرقُ بينهما: هو أن تناوُلَ الخمرِ حرامٌ، وليس كذلك الرَّضاع، فإن شُرْبَ اللَّبنِ مُباحٌ [حتى توجَدُ][٦] الخامسةُ.

يُوضِّحُ صحة ذلك: أنَّ القَصْدَ من الرَّضاعِ إنباتُ اللَّحمِ وانْتِشارُ العَظْمِ[٧] فلهذا شُرِطَ[٨] فيه العددُ، وليس كذلك شُرْبُ الخمْرِ، فإنَّ القَصْدَ منه حُصولُ اللَّذَّةِ بوُجودِ الشِّدةِ المُطْرِبةِ [فيه][٩]، وهذا يُوجَدُ في القليلِ، كما يُوجَدُ في الكثيرِ، فدلّ على الفرقِ بينهما.

***

(١) في (خ): (لغيره).
(٢) في (ب): (القدر).
(٣) في (خ): (هذه).
(٤) كذا في النسختين.
(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ٧٢-٧٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٣٢.
(٦) في (ب): (بوجه حتى).
(٧) أنشر العظم: شدّ العظم وقوّاه. معالم السنن، للخطابي: ٣/ ١٨٦.
(٨) في (خ): (اشترط).
(٩) ساقط من (خ).

[في احتقانِ الصائمِ، والمحرمِ، والرضيعِ]

(٧٠٤): مَسْأَلة

لا خِلافَ على المَذْهَبِ أنَّ الصائمَ إذا احْتَقَن[١]؛ بَطَلَ صومُه[٢]، وأَفْطَرَ بذلك، وكذلك لو احْتَقَن المُحْرِمُ بحُقْنَةٍ فيها طِيبٌ؛ لَزِمَتْه الفِدْيةُ[٣].

وأمّا الحُقْنةُ في الرَّضاع إذا حُقِنَ الصَّبيُّ وجُعِلَ[٤] فيها من اللّبنِ، فهل تَثْبُتُ[٥] به الحُرْمةُ[٦]، أم لا؟ على قولَيْن[٧].

فإذا قُلنا: إنَّ التحريمَ لا يَثْبُت، **فالفرقُ بينهما**: هو أنَّ القَصْدَ من الرَّضاعِ حصولُ التّغذِّي[٨] وإنباتُ[٩] اللّحْمِ، وهذا لا يَحصُلُ بالحُقْنةِ، وليس كذلك في الصومِ، فإنَّ الفِطْرَ يَتعلَّقُ بما يَصِلُ[١٠] إلى الجَوْفِ، أيَّ شيءٍ كانَ[١١]، [فلِهذا قال ﷺ][١٢]: **«الفِطْرُ مِمَّا دَخَل والوُضُوءُ مِمَّا خَرَج»**[١٣].

---

(١) الاحتقان: جعل الدّواء ونحوه في الدّبر، ومنه احتقن الرجل، والاسم الحقنة بالضم. «تحرير ألفاظ التنبيه» ص: ١٢٥.

(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٥٤، و«روضة الطالبين» ٢/ ٣٥٧.

(٣) انظر: «الأم»: ٣/ ٣٨٢، و«روضة الطالبين» ٣/ ١٣١.

(٤) في (ب): (وحصل).

(٥) في (خ): (تنشر).

(٦) في (خ): (الحقنة).

(٧) انظر: «الأم»: ٦/ ٧٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٣٣.

(٨) في (خ): (التغذية).

(٩) في (ب): (في إنبات).

(١٠) في (ب): (يحصل).

(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٣٧٢.

(١٢) في (ب): (بأن النبي ﷺ قال).

(١٣) الشّطر الأول منه: ذكر البخاري معلّقا بصيغة الجزم: ٣/ ٣٣، وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» برقم (٩٤١١) موقوفًا على ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظ: «الصوم مما دخل، وليس مما خرج».

قال البيهقي: وروي عن النبي ﷺ، ولا يثبت. «السنن الكبير»: ١/ ١١٦.

أما الشطر الثاني: فأخرجه الطبراني في «الكبير» برقم (٧٨٤٨) بلفظ: «إنما علينا الوضوء فيما يخرج، وليس علينا فيما يدخل». انظر: البدر المنير، لابن الملقن: ٥/ ٧٣٩.

وكذلك يُفارِقُ الإحرامَ؛ لأنَّه [حَصَل مَرقُها][١] بالطِّيبِ في حالِ الإحرامِ ومُسْتمتِعًا به؛ فلِهذا لَزِمَتْه الفديةُ، فبان الفرقُ بينهما.

***

[في تقديرِ نفقةِ الزوجةِ]

(٧٠٥): مَسْألَة

[ب ١٠٦/ أ]

نفقةُ الزوجةِ مُقدَّرةٌ على المُوسِرِ مُدّان، وعلى المُتوسّطِ مُدٌّ ونِصْفٌ، وعلى المُعْسِر مُدٌّ[٢].

ويُفارِقُ الثَّمَنَ في البيعِ حيث قُلْنا: إنَّه[٣] غيرُ[٤] مُقَدّرٍ: هو أنَّ النفقةَ طعامٌ مُسْتَقِرٌّ في الذِّمْةِ، فكان مُقَدَّرًا كالكفاراتِ، وليس كذلك الثّمَنُ، [فإنَّ ذلك][٥] ليس بثابتٍ في الذِّمّةِ، [وإنَّما هو][٦] يَجِبُ على طريقِ المُعاوَضةِ؛ فلِهذا كان مَوْكُولًا إلى ما يَتَّفقان عليه، فبان الفرقُ بينهما.

***

[في الرجوعِ بالنفقةِ، أو الكِسوةِ]

(٧٠٦): مَسْألَة

إذا دَفَع إليها نَفقةَ شَهْرٍ، ثم طَلّقَها قبل مُضِيِّ الشَّهْرِ؛ كان له أن يَسْتَرجِعَ منها النفقةَ، ولو دَفَعَ [إليها][٧] كِسْوةً[٨] [لِمُدّةٍ مَعْلومةٍ][٩]، ثم طَلّقَها قبل مُضِيِّ المُدّةِ؛ لم يَرْجعْ فيها على أحدِ القولَيْن.

---

(١) في (ب) : (فصل).

مرق السهم من الرّميّة مرقا مروقا: نفذ. معجم مقاييس اللغة: ٥/ ٣١٣، و«لسان العرب»: ١٠/ ٣٤١.

(٢) انظر : «المهذب» ٣/ ١٥٠، ١٥١.

(٣) في (ب) : (به).

(٤) في (خ) : (عن).

(٥) في (خ): (فإنه).

(٦) في (ب) : (وأما الثمن فإنه).

(٧) ساقط من (خ) .

(٨) قال الفيومي في «المصباح المنير» (٢/ ٥٣٤ - ك س و) : كسوته ثوبًا أكسوه واكتسى ورجل كاس أي: ذو كسوة، والكسوة اللّباس بالضّمّ والكسر).

(٩) ساقط من (ب) .

والفَرقُ بينهما: [هو أنَّ النفقةَ إنما][1] تُسْتَحَقّ حالًا فحالًا، ويومًا فيومًا؛ فلهذا قُلنا: يَرْجِعُ إذا طلّقها قبل مُضِيِّ تلك المُدّةِ؛ لأنّها تكونُ قد أخذَتْ [ما لم][2] تَسْتَحِقَّه، [وليس كذلك الكِسْوةُ، فإنَّها تُسْتَحقُ مُدّةً بعد مُدّةٍ، فلهذا قُلْنا: لا يَرجعُ فيها؛ لأنَّها قد أَخَذَتْ ما تَسْتَحِقُّه][3]، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٧٠٧): مَسْأَلَةٌ

[في الإعسارِ بالصّداقِ]

إذا أَعسرَ بالصَّداقِ، فإن كان قبل الدُّخولِ؛ كان لها خِيارُ الفَسْخِ، وإن كان بعد الدُّخولِ؛ فلا خِيارَ لها على الصَّحيحِ من المَذْهَبِ[4].

[خ ١٧٦/أ]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الصّداقَ يَجِبُ في مُقابلةِ تَسليمِ البُضْعِ، فإذا أَعْسَر به قبل الدُّخولِ، فمنافعُ البُضْعِ قائمةٌ؛ لم تَنْقُصْ[5] فكان لها[6] الرجوعُ[7]، وليس كذلك[8] إذا كان بعد الدّخولِ، فإنَّها قد فاتَت المنافعُ باستيفاءِ الزوجِ لها؛ فلا فائدةَ في خِيارِ الفَسْخِ لها[9].

وأمّا إذا أَعْسَر بالنفقةِ؛ فلها خِيارُ الفَسْخِ سواءٌ كان قبل الدُّخولِ، أو بعدَه[10].

وفارَق الصداقَ؛ لأنَّ النفقةَ حَقٌّ يتجدّدُ حالًا بعد حالٍ، وتَجِبُ على مَمَرِّ[11] الأوقاتِ؛ فلهذا كان لها الخيارُ، والصَّداقُ بخِلافِه[12].

***

(١) في (ب) : (في النفقة أنها). (٢) في (خ) : (نفقة لما لا).

(٣) ساقط من (ب)، انظر : «الحاوي الكبير» : ١١/ ٤٣٥.

(٤) انظر: «الأم» : ٦/ ٢٣٧ ، و«مختصر المزني» : ٨/ ٣٣٨ ، و«المهذب» ٢/ ٤٧١.

(٥) في (خ) : (تقبض). (٦) في (ب) : (لنا).

(٧) في (خ): (الرجوع فيها). (٨) في (ب) : (تجددت).

(٩) انظر : «الحاوي الكبير» : ١١/ ٤٦٢.

(١٠) انظر : «الأم» : ٦/ ٢٣٥-٢٣٧، و«مختصر المزني» : ٨/ ٣٣٨.

(١١) في (ب) : (مميز)، وهو تصحيف. (١٢) انظر : «المهذب» ٣/ ١٥٥.

[في الإعسارِ بنفقةِ الخادمِ]

(٧٠٨): مَسْأَلَة

إذا أَعسَر بنفقةِ الخادمِ[١] والأُدْمُ والمُدُّ الزائدُ[٢]؛ لم يكنْ لها الخِيارُ[٣].

ويُفارِقُ النفقةَ؛ لأنَّ النفقةَ حَقٌّ مقصودٌ بكُلِّ[٤] نكاحٍ، فلِهذا ثَبَت الخِيارُ عند عدمِه، كما ثَبَت[٥] لها الخيارُ [بعُنّةِ الزوجِ][٦]، وليس كذلك في نفقةِ الخادمِ وغيرِها؛ لأنَّ تلك حقوقٌ لا تُقْصَد بكلِّ نكاحٍ[٧]؛ بدليلِ أنَّ امرأةَ الفقيرِ لا تَستحِقُّ أُدْمًا، ولا مُدًّا زائدًا، و[كذلك][٨] لا تَسْتَحِقُّ الخادمَ إذا كانت مِمّن لا يُخْدَمُ مِثْلُها؛ فدلَّ على الفرقِ [بينهما][٨].

***

[في خيارِ زوجةِ المُعسرِ، والعنينِ]

(٧٠٩): مَسْأَلَة

إذا تزوّجَتْه مع العِلمِ بكونِه مُعْسِرًا؛ لم يَسْقُطْ حَقُّها من الخِيارِ، وهكذا لو رَضِيَتْ [بكونِه مُعْسرًا][٨] بعد العَقْدِ، ثم أَرادَتْ أن تَخْتارَ الفَسْخَ؛ كان لها ذلك[٩].

فأمّا إذا تزوّجَتْه مع العلمِ بكونِه عِنِّينًا [أو عَنَّ عنها][٨]، فاخْتارَتِ المقامَ معه، ثم رجعَتْ، فهل يكونُ لها الخِيارُ، أم لا؟

---

(١) الخادم: يطلق على الذّكر والأنثى بغير هاء، وجاء في لغة قليلة الأنثى خادمة. تحرير ألفاظ التنبيه، ص: ٢٨٩.

(٢) في (ب) : (الزائدة).

(٣) في (ب): (الخيار كما ثبت لها الخيار)، انظر: «المهذب» ٣/ ١٥٤.

(٤) في (ب) : (لكل).

(٥) في (خ) : (يثبت).

(٦) في (ب) : (بنفقتها)، انظر: «مختصر المزني» : ٨/ ٢٧٩.

(٧) انظر : «الحاوي الكبير» : ١١/ ٤٦٠، ٤٦١.

(٨) ساقط من (ب).

(٩) انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٣٣٨.

من أصحابِنا من قال: لا خِيارَ[1]، وتُفارِقُ النفقةَ، لأنَّ النفقةَ حَقٌّ يتجدّدُ ولا [يَقُومُ البَدَنُ][2] إلَّا بها؛ فلِهذا كان لها الخِيارُ، وليس كذلك في العِنّينِ؛ لأنّها قد تَسْتَغني عن ذلك، ويُمْكِنها الصَّبْر[3]، فلِهذا افْترَقا .

***

[في اختلافِ زوجِ الأَمَةِ والسَّيدِ في الصداقِ، والنفقةِ]

(٧١٠): مَسألة

إذا كان مُتَزوّجًا بأَمَةٍ، واختلف هو والسَّيدُ في الصداقِ، فقال: قد دفعْتُ إليها صَداقها[4]، وقال السَّيدُ: لم تَدْفَعْه؛ كان القولُ قولَ السَّيدِ، سواءٌ صَدّقَتِ الأَمَةُ الزوجَ، أو لم تُصدِّقْه.

[خ ١٧٦/ ب]
[ب ١٠٦/ ب]

ولو كان هذا الاختلافُ في النفقةِ، فقال الزوجُ: قد دفعْتُ إليها نفقتَها، وصدّقَتْه، وأَنكَر السَّيدُ، كان القولُ قولَ الزوجِ.

والفرقُ [بينهما][5]: هو أنَّ الصَّداقَ حَقٌّ للسَّيدِ؛ فلِهذا لم يُقبَلْ قولُ الزوجِ وتصديقُ الأَمَةِ له في الدّفْعِ إليه، وليس كذلك النفقةُ، فإنَّها حَقٌّ لها وقد صدّقَتْه على دَفْعِه[6] إليها، فلِهذا كان القولُ قولَها[7].

***

[في نفقةِ الزوجةِ حالَ ارتدادِها، أو ارتدادِ الزوجِ]

(٧١١): مَسألة

ولو ارتدّت زوجتُه بعد الدّخولِ، فإنَّ النكاحَ يكونُ مَوْقوفًا على انقِضاءِ العِدّةِ، فإن أسلمَتْ قبل انقِضاءِ العِدّةِ؛ كان النكاحُ بحالِه، ولها النفقةُ مُذْ[8] أَسْلَمَتْ، وأمّا قبل الإسلامِ؛ فلا نفقةَ لها.

---

(١) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٥٢.
(٢) في (خ): (مقام للبدن).
(٣) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٣٨، و«المهذب» ٣/ ١٥٥.
(٤) في (خ): (صداقا).
(٥) ساقط من (خ).
(٦) في (خ): (دفعها).
(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٤٤٧.
(٨) في (ب): (إن).

وأمّا إذا كان الزوجُ هو المُرتَدُّ؛ فعليه النفقةُ سواءٌ أسلَم قبل انقضاءِ العِدّةِ، أو لم يُسْلِمْ؛ لأنَّ الزوجَ عاصٍ في ارتِدادِه؛ فلِهذا كانت عليه النفقةُ، وليس كذلك [الزوجةُ][1] إذا رجعَتْ إلى الإسلامِ[2]، فلِهذا فُرِّقَ بينهما .

***

[في القرابةِ التي يَستَحِقُ بها النفقةَ]

(٧١٢): مَسْألَة

قَرابةُ الإِخْوةِ ومن عدا المَوْلُودِين والوالدَيْن لا يُسْتَحَقُّ بها النفقةُ.

ويُفارِقُ[3] قَرابةَ الوِلادةِ حيث قُلْنا: يُستَحَقُّ بها النفقةُ[4]: هو أنَّ قَرابةَ الوالدَيْن يُسْتحَقُّ بها النَّفقةُ مع اتِّفاقِ الدِّينِ واختلافِه، وليس كذلك قَرابةُ الإخوةِ، فإنَّه[5] لا يُسْتَحَقُّ بها[6] النفقةُ مع اختلافِ الدِّينِ، فكذلك مع اتفاقِه[7].

وأيضًا: فإنَّه لمّا[8] لم يَجُزْ دَفْعُ زكاتِه إلى ابنِه ووالدِه[9]؛ وجبَتْ لهما النفقةُ، ولمّا جازَ دَفْع زكاتِه إلى أَخيه؛ لم تَجِبْ عليه نفقتُه .

***

[في الفرقِ بين نفقةِ الأقاربِ والزوجةِ]

[خ ١٧٧/أ]

(٧١٣): مَسْألَة

نفقةُ الأقارب غيرُ مُقَدَّرةٍ بخِلافِ نفقةِ الزوجةِ، وكذلك أيضًا نفقةُ الأقاربِ تَسْقطُ[10] بمُضِيِّ الأيامِ، ونفقةُ الزوجةِ [ليس كذلك][11].

---

(١) ساقط من (ب) . (٢) انظر : «الحاوي الكبير» : ١١/ ٤٤٩، و«المهذب» ٣/ ١٥٠ .

(٣) في (ب) : (هو أن). (٤) انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٣٣٩، و«المهذب» ٣/ ١٥٨.

(٥) في (ب) : (فإنها). (٦) في (خ) : (به).

(٧) انظر : «البيان في مذهب الإمام الشافعي» : ١١/ ٢٤٩، ٢٥٠.

(٨) في (ب) : (كما). (٩) في (خ) : (وولده)، وهو تصحيف.

(١٠) في (ب) : (تقسط).

(١١) في (ب) : (لا تقسط) ، وما أثبتناه موافق لما في «نهاية المطلب»: ١٥/ ٥٣٧.

والفرقُ: هو أنَّ نفقةَ الزوجةِ تَجِبُ على طريقِ المُعاوضةِ، فهي كالثمنِ مع المُثَمَّنِ[1]؛ فلِهذا لم تَسْقطْ بمُضِيِّ الأيامِ، وكانت مُقَدَّرةً، وليس كذلك نفقةُ الأقاربِ، فإنَّها تَجِبُ على طريقِ الصِّلةِ والهِبَة، فلِهذا لم تَثْبُتْ دينًا في ذِمّةِ الغَيْرِ، وسقطَتْ بمُضِيِّ الأيامِ[2]، فدلّ على الفرقِ بينهما.

***

(٧١٤): مَسْألَةٌ

[فيمن حابى في الصداقِ في مرضِ موتِه]

إذا تَزوّجَ في مَرَضِ موتِه بامرأةٍ ذِمِّيّةٍ، وأَصْدَقها أكثرَ من [مَهرِ مِثْلِها، ثم أَسْلَمت قبل مَوْتِه؛ سقطَتِ الزيادةُ على مَهْرِ المِثْلِ[3].

ولو تزوَّجَ في][4] مرضِ مَوْتِه بأَمَةِ الغَيْرِ، وأَصْدَقَها أكثرَ من مَهْرِ مِثْلِها، وأَعْتقها السّيدُ؛ لم تَبْطُلِ الزيادةُ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الذِّمِّيةَ إذا أَسْلَمَتْ صارت وارثةً، والزيادةُ على مَهْرِ المِثْلِ وصيةٌ، والوصيةُ والوراثةُ[5] لا يَجْتمِعانِ، وليس كذلك في الأَمَةِ؛ لأنَّ مَهْرَها والزيادةَ عليه يكونُ للسّيدِ لا لها[6]؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

(٧١٥): مَسْألَةٌ

[في ميراثِ أُمِّ الولدِ أو الأَمَةِ تُعتَقُ ويَتزوجُها]

ولو أعتقَ في مَرَضِ موتِه أمَّ ولدِه وتزوّجَها [ومات][7]؛ وَرِثَتْه[8]، ولو كانت له أَمَةٌ [قِنّةٌ][4]، فأَعتَقَها في مرضِ موتِه، وتزوّجها ومات؛ لم تَرِثْه.

---

(١) في (ب): (الثمن).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٤٢٤.

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٢٨٠.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (خ): (والإرث).

(٦) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ٢١٥، ٢١٦.

(٧) ساقط من (ب).

(٨) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ٢٢٠.

والفرقُ [بينهما][١]: هو أنَّ عِتْقَ أمِّ الولدِ يُسْتَحَقُّ من رأسِ المالِ؛ فلِهذا وَرِثَتْ، وليس كذلك [عِتْقُ][١] الأَمَةِ؛ فإنَّه وصيةٌ، والوصيةُ مع المِيراثِ[٢] لا يَجتَمِعان[٣]؛ فلِهذا افْتَرقا. [ب ١٠٧/ أ]

***

(٧١٦): مَسْأَلَةٌ حَسَنَةٌ من كتابِ الصلاةِ[٤]

إذا جَبَر عَظْمَه [بعَظْمٍ نَجِسٍ][٥]، وصلّى؛ كانت عليه الإعادةُ[٦]، ولو كان معه ماءٌ أراقَه، وتيمّمَ، وصلّى، فهل تَجِبُ عليه الإعادةُ، أم لا؟ [خ ١٧٨/ ب]

نَنْظُرُ فيه، فإن أَراقَه قبل دخولِ الوقتِ؛ فلا إعادةَ عليه، وإن أَراقَه بعد دُخولِ الوقتِ، ففي الإعادةِ وَجْهان[٧].

فإن قُلْنا: لا إعادةَ عليه، **فالفرقُ بينهما**: هو أنَّه إذا صَلَّى بالعَظْمِ النَّجِسِ؛ فهو مُلازِمٌ للمعصيةِ في حالِ الصلاةِ؛ فلِهذا لم يَجُزْ[٨]، وليس كذلك في المسألةِ قبلَها[٩]؛ لأنَّه غيرُ عاصٍ في حالِ الصلاةِ، وإنَّما المعصيةُ قد تقدَّمت [بإراقةِ الماءِ][١٠].

وأيضًا: فإنَّه إذا صلّى بالعَظْمِ النَّجِسِ؛ فهو مُفرّطٌ مُسْتَدِيمٌ للتَّفريطِ، وفي مسألةِ التيمّمِ بخِلافِه.

***

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) في (خ): (الإرث).

(٣) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٨٦.

(٤) في (ب): (الطهارة).

(٥) في (ب): (بنجس).

(٦) انظر: «الأم»: ٢/ ١١٥.

(٧) انظر: «المهذب» ١/ ٧٤.

(٨) في (خ): (يجزه).

(٩) كذا في النسختين.

(١٠) ساقط من (خ)، انظر: «المهذب» ١/ ٧٤.

(٧١٧): مَسألَةٌ حسنةٌ من دقيقِ الفروقِ[(١)]

ذكرَها أهلُ العِراقِ، فقالوا: إذا كان من مَذْهبِ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ أنَّ العددَ في الرَّضاعِ شَرْطٌ[(٢)]، وأَنَّ[(٣)] التحريمَ [به][(٤)] يَتعلَّق بالرَّضْعةِ الخامسةِ حتى لو أُرْضِعَ أَرْبعَ رضعاتٍ، ولم يَرْضَعِ الخامسةَ لم يَثْبُتِ التحريمُ؛ فلِمَ أُنكِرَ على أَهلِ العِراقِ حيثُ قالوا: لو شَرِبَ من النّبيذِ أربعةَ أَقْداحٍ، ولم يَسْكَرْ، ثم شَرِبَ [القدحَ][(٤)] الخامسَ، وسَكِرَ أنَّ التحريمَ يتعلَّقُ بالقَدَحِ الخامسِ دون ما قبلَه؟

قُلْنا: أَبْعَدْتُم في القياسِ، وذَهَبْتُم عن الحَقِّ في السَّببيّةِ[(٥)]، **والفرقُ:**

أولًا[(٦)]: أنَّ أصلَ شُرْبِ النَّبيذِ لا أَصْلَ له في الإباحةِ إنَّما هو مُشَبَّهٌ بالخمرِ[(٧)]، وذلك حَرامٌ، وليس كذلك الرَّضاعُ، فإنَّ أصلَه يَتعلَّقُ بشربِ مُباحٍ؛ وهو اللَّبَنُ.

ثم نَقُول: إذا[(٨)] كان الخمسةُ أَقْداحٍ[(٩)] مُحرّمةً كُلُّها، فإنَّ كلَّ قَدَحٍ له

---

(١) في (خ) : (الفرق).
(٢) في (ب) : (شرط في الرضاع).
(٣) في (خ) : (فإن).
(٤) ساقط من (خ) .
(٥) في (ب) : (النسبة).
(٦) في (ب) : (أولى).
(٧) في (خ) : (بالحصر).
(٨) في (ب) : (إما).
(٩) كذا بالنسخ التي بين أيدينا: (الخمسة أقداح) وهذا خطأ في الاستعمال بالإجماع ، والصواب أن يقال (خمسة الأقداح) على مذهب البصريين أو (الخمسة الأقداح) على مذهب الكوفيين، أما أن يضيف العدد المعرف إلى معدوده النكرة فلا يجوز بإجماع.

قال السيوطي في «همع الهوامع» ٣/ ٢٥٩ - ٢٦٠ : (وجوز الكوفية دخولها في جزئيهما أي: المضاف والمركب، فيقال: الثّلاثة الأثواب والخمسة العشر رجلًا، والبصريون قالوا: الإضافة لا تجامع أل والمركب محكوم له بحكم الاسم المفرد من حيث إن الإعراب في محل جميعه فكان ثانيه كوسط الاسم ولا تدخل على أول المضاف مع تجرد ثانيه بإجماع كالثلاثة أثواب). =

جزءٌ في التحريمِ، فلمّا انضافَ بعضُه[(١)] إلى بعضٍ حَصَل منه الإسكارُ، ولم يُضَفِ التَّحريمُ إلى بعض الأقداحِ دون بعضٍ؛ كرجلٍ أَكَل رغيفًا لُقْمةً لُقْمةً، وحَصَلَ الإشباعُ باللُّقْمةِ[(٢)] الأخيرةِ، فإنَّه لا يُقالُ [له][(٣)]: إنَّ الإشباعَ حَصَلَ بهذِه وَحْدَها، بل لكُلِّ[(٤)] لُقْمةٍ حَظٌّ في الإشباعِ.

[خ ١٧٨/أ]

وليس كذلك في الرَّضاعِ، فإنَّه ليس لكُلِّ رَضْعةٍ حَظٌّ في التحريمِ، وإنَّما التحريمُ للرَّضْعَةِ الخامسةِ، كما قُلْنا: لا أَثَرَ للتحريمِ في الطَّلْقةِ[(٥)] الأَوّلَةِ والثانيةِ، وإنَّما التحريمُ للطَّلْقةِ الثالثةِ، كذلك هاهُنا، فدلّ على ما قُلْناه[(٦)]، واللهُ أعلمُ.



= وقد أثبتنا في نفس المسألة نقل الإجماع عن ابن ناظر الجيش نقله عن ابن عصفور في «تمهيد القواعد» وكذلك نقل عد الخلاف فيها عن أبي حيان من «التذييل» و«التكميل» فتبين أن الإجماع مشهور في أنه لا يجوز تنكير المعدود مع تعريف العدد، والله الموفق.

انظر مسألة رقم (١٠٢) فيما سبق.

(١) في (خ): (بعض).

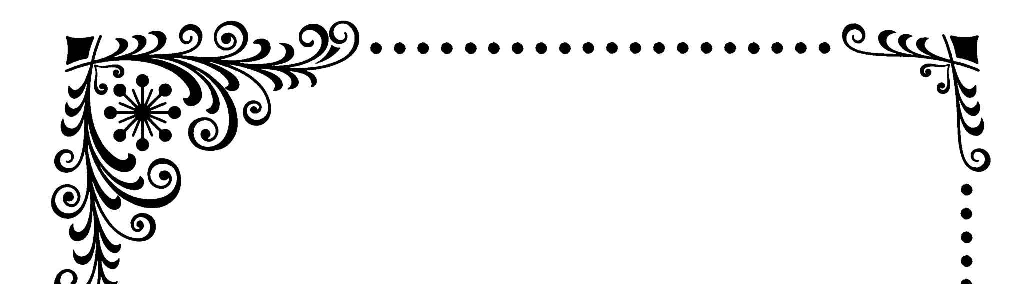
(٢) في (ب): (في اللقمة).

(٣) ساقط من (خ).

(٤) في (ب): (بكل).

(٥) في (ب): (اللفظة).

(٦) في (ب): (قلنا).



كتابُ الجناياتِ والدياتِ

كتابُ الجِناياتِ والدِّياتِ

(٧١٨): مَسْأَلَة

[في القصاصِ]

لا يُقْتَلُ المسلمُ بالكافرِ بحالٍ[(١)]، ولو جَرَح كافرٌ كافرًا، ثم أَسْلَم الجارِحُ وماتَ المَجْروحُ؛ قُتِل به.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ القِصاصَ حَدٌّ، والحُدودُ مُعتبَرةٌ [بحالِ الوجوبِ][(٢)]، وهذا[(٣)] حالَ ما وَجَبَ عليه في القِصاصِ؛ كان كافرًا[(٤)].

ألا ترى أنَّه لو زَنَى وهو عبدٌ فلم يُحَدَّ حتى عَتَقَ؛ فإنَّه يُحَدُّ حَدَّ العبيدِ اعتبارًا بحالِ الوجوبِ، وهكذا لو زَنَى وهو بِكْرٌ، فلم يُحَدَّ حتى أُحْصِن؛ أُقِيم عليه حَدُّ الأبكارِ اعتبارًا بحالِ الوجوبِ، كذلك هاهُنا مِثْلُه. [ب: ١٠٧/ ب]

وليس كذلك إذا قَتَلَه وهو مُسْلمٌ ابتداءً حيثُ قُلْنا: لا يُقتَلُ به؛ لأنَّه لا يُحَدُّ بقذفِه، فلِهذا لم يُقتَلْ به، فبان الفرقُ بينهما.

إذا ثَبَتَ[(٥)] أنَّ المسلمَ لا يُقْتَلُ بالكافرِ، فإنَّه إذا سَرَقَ مالَه؛ قُطِعَتْ يدُه [به][(٦)].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ القَطْعَ في السَّرقةِ حَقُّ اللهِ تعالى؛ فلِهذا وَجَبَ على المُسْلِم بسَرِقَةِ مالِ الذِّمِّيِّ، كما لو زَنَى مسلمٌ بذِمّيّةٍ، فإنَّه يَجِبُ عليه حدُّ الزِّنا لأَجْلِ أنَّه حدٌّ لله تعالى، وليس كذلك القِصاصُ، فإنَّه حَقٌّ لآدميٍّ، فلم [يَسْتَحِقَّه الناقصُ على الكاملِ][(٧)]، كما لا يَجِبُ له حَدُّ القذفِ، فدلّ على الفرقِ بينهما. [خ ١٧٨/ ب]

***

---

(١) انظر: «الأم»: ٧/ ٩٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٣.

(٢) في (ب): (بالوجوب).

(٣) في (خ): (وهو).

(٤) انظر: «الأم»: ٧/ ١١٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٥.

(٥) في (ب): (ثبت هذا).

(٦) ساقط من (خ).

(٧) في (ب): (يستحق الناقص الكافر)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ١٥.

[فيمن قتَل زوجتَه وله منها ابن، ولها ابنٌ من غيرِه]

(٧١٩): مسألة

إذا تَزوّج بامرأةٍ فأَوْلَدَها ابنًا، وكان لها ابنٌ من غيرِه، ثمَّ إنَّ الزوجَ قَتَل زوجتَه؛ فلا قصاص عليه، لأنَّه لو وَجَبَ عليه ذلك؛ كان ابنُه يقتلُه، والابن لا يَقْتُل أباه قِصاصًا؛ لأنَّه وارِثُ أمِّه مع أخيه، والقِصاصُ لا يَتبعَّضُ، فإذا سَقَطَ بعضُه سَقَطَ جميعُه[1].

فإن كانت المسألةُ بحالِها [فلم يَقْتُلْها][2] بل قَذَفَها، وماتت قبل استيفاءِ الحَدِّ، فإنَّه يَجِبُ عليه، ولا يَسقُطُ وحقُّ ابنِها الآخرِ[3] ثابِتٌ، وله أن يَسْتَوفيَه كاملًا[4].

والفرقُ: هو أنَّ القِصاصَ يَجِبُ لجماعةِ الأولياءِ على وجهِ الاشتراكِ، فإذا عَفَا أحدُهم؛ لم يَجُزْ للباقي[5] أن يَسْتَوْفُوه؛ لأنَّه[6] يَسْتحِقُّه[7] على الانفرادِ، ومع[8] جماعةِ الورثةِ[9].

وأيضًا: فإنَّه إنَّما سَقَطَ القِصاصُ إذا عَفَا بعضُ الورثةِ؛ لأنَّه[10] يَرْجعُ إلى بَدَلٍ، وهو الدِّيةُ، وحَدُّ القذفِ لا يَرْجِعُ إلى بدلٍ؛ فلِهذا كان للباقي أن يَسْتوفِيَه كاملًا.

وفيه وجهٌ [آخرُ][2]: أنَّه إذا عَفا بعضُ الورثةِ عن حَدِّ القذفِ؛ كان[11] للباقي أن يَسْتَوْفِيَ حَقَّه؛ لأنَّ حدَّ القَذْفِ يتبعّضُ، والقِصاصُ لا يَتبعَّضُ[12].

---

(١) انظر: «المهذب» ٣/ ١٧٣، و«روضة الطالبين» ٩/ ١٥٢.
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (خ): (الأجنبي).
(٤) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٤٦.
(٥) في (خ): (للباقين).
(٦) في (ب): (بأنه).
(٧) في (خ): (استحقه).
(٨) في (ب): (مع).
(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٢٥.
(١٠) في (ب): (فإنه).
(١١) في (خ): (فإن).
(١٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٢٦٠.

وفيه وجهٌ آخر: أنَّه إذا عَفَا بعضُ الورثةِ عن حَدِّ القذفِ؛ سَقَطَ جميعُه، كالقتلِ[١]، فدلّ على الفرقِ بينهما.

***

(٧٢٠): مَسْألة

[في قتلِ الجماعةِ بالواحدِ]

وتُقتَلُ الجماعةُ بالواحدِ إذا اشْتَركوا في قَتْلِه على وَجْهٍ لا يَتميَّزُ فِعْلُ بعضِهم عن بعضٍ؛ بأن يَضْربوه ضَرْبةَ رجلٍ واحدٍ، أو[٢] يَرْمُوا عليه حائطًا[٣] في حالةٍ واحدةٍ، أو ما أَشْبه ذلك[٤]، ولو قَتَل جماعةٌ مُحْرِمون صيدًا واحدًا؛ وَجَبَتْ عليهم كفارةٌ واحدةٌ[٥].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ جزاءَ الصَّيْدِ يَجري عندنا مَجْرى ضمانِ الأموالِ، وقد ثَبَت أنَّ الجماعةَ لو أَتلفَتْ مالَ الإنسانِ وَجَب على جماعتِهم ضمانُ ذلك المالِ، وليس كذلك قَتْلُ الآدميِّ، لأنَّ ذلك ضمانُ[٦] نَفْسٍ؛ فلِهذا وَجَب على جماعتِهم عند وجودِ المُكافأةِ.

[خ: ١٠٨/أ]

ألا ترى أنَّ الوَلِيَّ لو عفا عنهم إلى الدِّيةِ؛ كان عليهم ديةٌ واحدةٌ، وكان الفرقُ بينه وبين القَوَدِ في أنَّ الدِّيةَ مالُ اشْترك فيه[٧] الجماعةُ، وليس كذلك القِصاصُ، فإنَّه حَقٌّ على البَدنِ[٨].

فإن قيل: ما تقولُ فيه إذا اشْتَرك جماعةٌ في سَرِقةِ مالِ الإنسانِ من حِرزِه، فكيف يَجِبُ القطعُ عليهم؟

---

(١) في (ب): (في القذف)، انظر: التهذيب: ٦/ ١٩٨.

(٢) في (خ): (و).

(٣) في (ب): (حطاما).

(٤) انظر: «الأم»: ٧/ ٥٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٣، و«المهذب» ٣/ ١٧٣.

(٥) انظر: «الأم»: ٣/ ٥٣٤.

(٦) في (ب): (صار).

(٧) في (خ): (فيها).

(٨) في (ب): (البدل).

قُلنا: يُنظَرُ فيه، إذا اقْتَسمُوا المسروقَ، فإن بلغَ نَصِيبُ كُلِّ واحدٍ منهم نِصابًا؛ وَجَبَ عليه القَطْعُ، فإن لم يَبْلُغْ نِصابًا؛ فلا قَطْعَ(١).

والفرقُ بينه وبين مسألتِنا: هو أنّا لو قُلنا: إنَّ القَوَدَ لا يَجِبُ على الجماعةِ [لكان](٢) ذَريعةً إلى تَهافُتِ الناسِ في القتلِ، لأنَّه كان لا يَشاءُ أحدٌ أن يَقْتلَ إنسانًا إلَّا شارَكَ غيرَه في قتلِه، [فيَقْتلَه](٢)، ولا قَوَدَ(٣) عليه؛ فلِهذا أَوْجَبْنا القتلَ على الجماعةِ، [والسرقةُ](٢) بخلافِ ذلك.

وفرقٌ ثانٍ: وهو أنَّ القَطْعَ في السرقةِ حَقُّ اللهِ تعالى، فدخلَه(٤) المُسامحةُ، والقَوَدُ حقٌّ لآدميٍّ، فغُلِّظَ فيه؛ فلِهذا افترقا. [خ ١٧٩/ ب]

وفرقٌ ثالثٌ: وهو أنَّ الواحدَ من السُّرَّاقِ لو انْفرد بسَرِقةِ هذا القَدْرِ؛ لم يَجِبْ عليه القطعُ لنُقْصانِه عن النّصابِ، فلِهذا لم يَجِب [القَطْعُ](٥) [عند الاشتراكِ](٢)، وليس كذلك الاشتراكُ(٦) في القتلِ، لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم لو انْفردَ بهذا الفِعْلِ، وَجَبَ عليه القَوَدُ، فكذلك عند الاشتراكِ.

يُؤَكِّدُ ذلك: أنَّ القَطْعَ في السرقةِ تَعلّقَ بقَدْرٍ مَعْلومٍ وهو النِّصابُ، ولم يُوجَدْ ذلك في حَقِّ كلِّ واحدٍ من الجماعةِ، والقَوَدُ تعلّق وجوبُه بالمُكافأةِ، [والمُكافَأَةُ قد وُجِدَتْ من كلِّ واحدٍ من الجماعةِ عند الاشتراكِ، كحالةِ الانفرادِ](٥)، فدلّ على [الفرقِ بينهما](٧).

***

(١) انظر: «الأم»: ٧/ ٣٧٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٠.
(٢) ساقط من (ب). (٣) في (ب): (قوة).
(٤) في (خ): (فدخلت). (٥) ساقط من (خ).
(٦) في (ب): (في الاشتراك). (٧) في (ب): (ما ذكرناه).

(٧٢١): مَسْأَلَةٌ

إذا أَكْرَه السُّلطانُ رجلًا على قَتْلِ إنسانٍ، فقَتله، فلا[1] خِلافَ أنَّ على المُكْرِهِ القَوَدَ، و[إنَّما][2] المُكْرَهُ، **فالصحيحُ**[3] من القولَيْن: أنَّ عليه القَوَدَ[4].

فإذا ثَبَتَ هذا، فإن قيل: ما الفرقُ بين هذا وبينه إذا شَهِدَ شاهدانِ عند الحاكمِ بالقتلِ على إنسانٍ، فقتلَه الحاكمُ، ثم رَجَعَ الشاهدانِ عن الشهادةِ، وقالا: تَعمَّدَنا ذلك، فقُلْتم[5]: إنَّ القَوَدَ على الشاهدَيْن دونَ الحاكمِ[6].

وكذلك[7] ما الفرقُ بين هذا وبينه إذا قصدَه الإنسانُ لقتلِه، أو لأَخْذِ حَرِيمِه أو مالِه[8]، فقَتله دَفْعًا عن نفسِه، قُلْتم: لا قَوَدَ عليه؟

قُلنا: أمّا الفرقُ بينه وبين الشُّهودِ، فهو أنَّ الشُّهودَ أَلْجَؤُوا الحاكمَ إلى القَتْلِ؛ فلِهذا لم يَكُنْ عليه شيءٌ، وهذا هو الأصلُ؛ هو أنَّه إذا اجتمعَ سَبَبٌ [مُلْجِئٌ ومُباشَرةٌ][9] تَعلَّقَ الحُكْمُ[10] بالسَّببِ، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ الإكراهَ سببٌ غيرُ مُلْجِئٍ؛ فلِهذا وَجَبَ[11] على المُكرَهِ الضَّمانُ[12].

---

(١) في (ب): (لا). (٢) ساقط من (ب). (٣) في (خ): (والصحيح).

(٤) انظر: «الأم»: ٧/ ١٠٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٣، و«المهذب» ٣/ ١٧٨، و«روضة الطالبين» ٩/ ١٣٥.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم»: (ولو علم أنه أمره بقتله ظلمًا ولكن الوالي أكرهه عليه لم يزل عن الإمام القود بكل حال وفي المأمور المكره قولان: أحدهما: أن عليه القود؛ لأنه ليس له أن يقتل أحدًا ظلمًا، إنما يبطل الكره عنه فيما لا يضر غيره، والآخر: لا قود عليه للشبهة وعليه نصف الدية والكفارة).

(٥) في (خ): (قلتم). (٦) انظر: «المهذب» ٣/ ١٧٩.

(٧) في (خ): (ولذلك). (٨) في (ب): (قاتله).

(٩) في (ب): (ملجئ مباشرة). (١٠) في (خ): (الحاكم).

(١١) في (ب): (أوجب). (١٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٧٣.

فأمّا إذا قتلَه دَفْعًا عن نفسِه، فهو أنَّه إنَّما [لم][1] يَجِبُ عليه الضمانُ؛ لأنَّه قد سَقطَ عنه لمَعْنًى في القاصدِ، لا لمعنى في القاتلِ[2] فلِهَذا لم يَجِبْ عليه شيءٌ، وليس كذلك المُكْرَهُ، فإنَّه لو قَتَل الغيرَ لمعنى فيه، وهو استبقاءُ[3] نفسِه، فصار كما لو قتلَه مُضْطَرًّا ليأكلَ منه، فكان[4] عليه الضَّمانُ[5].

[خ ١٨٠/أ]

***

(٧٢٢): مَسْألة

[في قتلِ الزاني المحصنِ، وقاتلِ العمدِ]

إذا عَدَا رجلٌ على الزاني المُحْصَنِ، فقتلَه، فقد أساءَ ولا ضمانَ [عليه][6] في أظهرِ الوجهَيْن[7]، ولو وَجَبَ على رجلٍ قِصاصٌ، فعدا عليه إنسانٌ فقَتَلَه؛ كان عليه الضَّمانُ لِوَلِيِّ الدّمِ.

والفرقُ: هو أنَّ القِصاصَ موضوعٌ للتَّشَفِّي وقد فوّته الغَيْرُ[8] على مُسْتحِقِّه بغيرِ إذنِه؛ فلِهذا كان عليه الضَّمانُ، وليس كذلك الزاني [المُحْصَنُ][1]، فإنَّ الحَقَّ فيه للإمامِ والغَرَضُ إقامةُ الحَدِّ الذي يَحصُلُ منه[9] تَلَفُ النَّفْسِ، وهو الرَّجْمُ، وقد وُجِدَ ذلك هاهُنا.

يُوضِّح صحة ذلك: أنَّ القِصاصَ أيضًا قد يُرْجَى إسقاطُه بأن يَعفُوَ عنه الوَلِيُّ، وليس كذلك حَدُّ [الزِّنا في][10] المُحْصَنِ، فإنَّه لا يُرْجَى إسقاطُه[11]، فدلّ على الفرقِ بينهما.

***

---

(١) ساقط من (خ).
(٢) في (ب): (العامل).
(٣) في (خ): (استيفاء)، والمثبت موافق لما في «المهذب».
(٤) في (خ): (فبان).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٧٥، و«المهذب» ٣/ ١٧٨.
(٦) ساقط من (ب).
(٧) انظر: «المهذب» ٣/ ١٧٢.
(٨) في (ب): (الفرض)، تصحيف.
(٩) في (خ): (به).
(١٠) في (خ): (الزاني).
(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٨٢.

(٧٢٣): مسألة

[فيمن أمسك رجلًا لآخرَ فقتله]

إذا أَمْسكَ رجلٌ رجلًا، فجاء غيرُه فقتَلَه؛ كان الضَّمانُ على المُباشِرِ دون المُمْسِك[١].

ويُفارِقُ المُحْرِمَ إذا أَمْسَكَ صيدًا، فقتَلَه الحلالُ حيث قُلْنا: الضَّمانُ على المُحْرِمِ[٢]، وذلك: أنَّ الصيدَّ يُضمَنُ باليدِ؛ فلِهَذا تَعلَّق الضَّمانُ به دون المُباشِرِ[٣]، وليس كذلك الآدميُّ، فإنَّه لا يُضمَنُ باليدِ؛ فلِهذا تَعلَّق الضَّمانُ بالمباشِر[٤].

فإن قيل: ما تقولُ فيه إذا أَمْسكَ عبدًا مملوكًا [للغَيْرِ][٥]، فجاءَ غيرُه[٦] وقَتَل العبدَ؟

قلتُ: يَجِبُ الضَّمانُ عليهما، لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما قد حَصَلَ منه جنايةٌ على مالِ الغَيْرِ، ويكونُ للسَّيدِ مُطالبةُ مَن شاءَ منهما بأكثرِ الأمرَيْن[٧].

فإن قيل: ما تقولُ فيه إذا نَقَبَ حِرْزًا، ودَخَلَ [هو][٨] وأَخَذَ ما يُساوِي نِصابًا وجَعَلَه على دابةٍ، [فخَرَجَتْ من الحِرزِ][٩]، أيَجِبُ عليه القَطْعُ، أم لا؟ [خ ١٨٠/ ب]

قُلتُ: يُنْظرُ فيه، فإن ساقَ الدابةَ أو[١٠] قادَها؛ كان عليه القَطْعُ والضَّمانُ، وإن خرجَت الدابةُ بنفسِها؛ فلا قطعَ عليه في أحدِ الوجهَيْن؛

---

(١) انظر: «الأم»: ٩/ ١٦٢، ١٦٣، «مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٥، و«المهذب» ٣/ ١٧٦.

(٢) انظر: «المهذب» ١/ ٣٩٧.

(٣) في (خ): (المباشرة).

(٤) في (خ): (بالمباشرة).

(٥) ساقط من (خ).

(٦) في (خ): (الغير).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٨٤.

(٨) ساقط من (ب).

(٩) في (ب): (فجرت من الحرب)، تصحيف.

(١٠) في (خ): (و)، والمثبت موافق لما في «المهذب».

لأنَّ الدّابةَ لها[١] قَصْدٌ واختيارٌ؛ فلِهَذا لم يَجِبْ عليه القطعُ[٢]؛ فدلّ على الفَرقِ بينهما.

***

(٧٢٤): مَسْأَلَةٌ

[في القصاصِ إذا كان بين وَرثةِ القِصاصِ صِغارٌ]

إذا قَتَلَ رجلٌ [رجلاً][٣] عامِدًا[٤]، وله وَرَثَةٌ صِغارٌ وكبارٌ وَجَب القَوَدُ لجماعتِهم، إلَّا أنَّه لا يجوزُ للكبيرِ[٥] استيفاؤه حتى يَبْلغَ الصغيرُ[٦].

ويُفارِقُ ولايةَ النكاحِ حيث قُلْنا: إنَّ للكبيرِ منهم أن يُزوِّجَ[٧] قبل أن يبلغَ الصغيرُ: هو أنَّ القِصاصَ موضوعٌ للتَّشَفِّي، فلا يَتبعّضُ ويَجِبُ على جِهَةِ الاشتراكِ، فلِهذا لم يكن للكبيرِ أن يَسْتوفِيَه؛ لأنَّه يفوّتُ على الصغيرِ غَرَضَه[٨].

ألا ترَى أنَّ بعضَهم لو كان حاضرًا وبعضُهم غائبًا؛ لم يكنْ للحاضرِ [استِيفاءُ][٩] القِصاصِ حتى يَحضُرَ الغائبُ، وليس كذلك الوِلايةُ، فإنَّه يَثْبُتُ لكُلِّ واحدٍ منهم حَقٌّ، وهو طَلَبُ الكَفاءةِ[١٠]، وإذا وُجِدَ ذلك من بعضِهم؛ لم يَكُنْ فيه تَفْويتٌ على الباقين غَرَضَهم.

---

(١) في (ب): (بها).

(٢) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٥٨، «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٢٩٥، ٢٩٦، ومنهاج الطالبين: ١/ ٣٠٠.

(٣) ساقط من (خ).

(٤) في (خ): (عمدا).

(٥) في (خ): (بذلك).

(٦) انظر: «الأم»: ٧/ ٥٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٥، و«نهاية المطلب» ١٦/ ١٤٣.

(٧) في (خ): (يتزوج).

(٨) انظر: «المهذب» ٣/ ١٩٠.

(٩) ساقط من (خ)، وفي (ب): (استيفاؤه)، ولعل ما أثبتناه أوفق للسياق.

(١٠) في (خ): (الكفاة)، لعل سقطت الراء من الناسخ.

ألا ترى أنّه لو كان بعضهم غائبًا، وبعضهم حاضرًا، وهم متساوون، فزوّج الحاضرُ؛ جاز ذلك بالاتفاقِ، فدلّ على ما ذكرناه.

وفرقٌ آخرُ: هو أنَّ الولايةَ في النكاحِ لم تَستحقَّه الأصاغرُ بدليلِ أنَّه لو لم يكنْ إلَّا الصغيرُ [لم يَستحقَّه، والقَودُ يَستحقُّه جميعُ الورثةِ بدليلِ أنَّه لو لم يَكُنْ إلَّا الصغيرُ][1]؛ لكان هو المُستحِقُّ[2]. [ب ١٠٩/أ]

***

(٧٢٥): مسألة

[في استيفاءِ القِصاصِ في غيبةِ الإمامِ]

إذا وَجَب لرجلٍ قِصاصٌ؛ لم يَكُنْ له أن يَستوفِيَه من غيرِ حُضُورِ[3] الإمامِ، فإن هو خالفَ واستَوْفاه، فهل يُعَزِّرُه الإمامُ، أم لا؟ فيه وَجْهان:

[خ ١٨١/أ]

أحدُهما: يُعَزِّره وهو المنصوصُ[4]؛ لأنَّه[5] قد افْتاتَ على الإمامِ.

والثاني: لا يُعَزِّرُه[6].

وأمّا إذا قتَل المسلِمُ مُرتدًّا من غيرِ إذْنِ الإمامِ؛ كان للإمامِ أن يُعزِّره وجهًا واحدًا[7].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ قَتْلَ المُرْتَدِّ إلى الإمامِ، لا إلى أحدِ[8] الرّعيةِ؛ فلِهذا قُلْنا: إنَّه يُعزّره[9]، وليس كذلك استيفاءُ القِصاصِ، فإنَّه[10] حقٌّ له، وهو استَوْفَى حقَّ نفسِه، فلِهذا قُلنا: لا يُعزّره[9] على أحدِ الوجهين.

***

(١) ساقط من (ب). (٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ١٠٣.
(٣) في (خ): (حضرة). (٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٩.
(٥) في (ب): (فإنه). (٦) في (خ): (يعزر)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ١٩٢.
(٧) انظر: «الأم»: ٧/ ٤٠٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٦٧.
(٨) في (ب): (أخيار). (٩) في (خ): (يعزر). (١٠) في (ب): (بأنه).

[في المُقتَصِّ منه يَسْري القطعُ إلى نفسِه، والسارقِ في قطعِ يدِه]

(٧٢٦): مَسألة

إذا قُطِعَتْ يدُ رجلٍ قِصاصًا، فسَرَى القَطْعُ إلى نَفْسِ المُقْتَصِّ [منه][١]، فمات؛ فلا شيءَ على المُقْتَصِّ[٢]؛ فإنَّ[٣] الحَقَّ قَتْلُه.

وهكذا لو قُطِعَتْ يدُ السارِقِ، فسَرَى القطعُ إلى نفسِه[٤]، فمات كان هَدَرًا[٥]، فأمّا إذا عَزَّر الإمامُ رجلًا فمات كان عليه الضَّمانُ[٦].

والفرقُ: هو أنَّ السِّرايةَ في التَّعزيرِ حَصَلَتْ عن أمرٍ مُجتهَدٍ فيه، وله عنه مَنْدُوحةٌ؛ لأنَّه ليس بواجبٍ، وهو التَّعْزيرُ؛ فلِهذا كان مضمونًا، وليس كذلك في مسألتِنا، فإنَّ السِّرايةَ حَصَلتْ عن قَطْعٍ مُقدَّرٍ واجبٍ؛ فلِهذا لم تَكُنْ مضمونةً[٧].

***

[في الأجنبيِّ يُشارِكُ الوالدَ في قَتْلِ ولدِه]

(٧٢٧): مَسألة

إذا شارَكَ الأبُ الأجنبيَّ في قَتْلِ ابنِه، فالقَوَدُ لا يَجِبُ على الأبِ بحالٍ، فأمّا شريكُه، فهل يَجِبُ عليه القِصاصُ، أم لا؟

فعندنا: أنَّه يَجِبُ عليه القِصاصُ[٨].

وأمّا العامِدُ إذا شارَكَه خاطِئٌ[٩]، فإنَّه لا يَجِبُ على العامِدِ القِصاصُ[١٠].

---

(١) ساقط من (خ).
(٢) انظر: «المهذب» ٣/ ١٩٧.
(٣) في (خ): (بأن).
(٤) في (ب): (نفس).
(٥) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٠٢.
(٦) انظر: «الأم»: ٧/ ٢١٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٣، و«المهذب» ٣/ ٣٧٤، ٣٧٥.
(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٤٢٨، و«نهاية المطلب» ١٧/ ٣٤٨.
(٨) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٧، و«المهذب» ٣/ ١٧٤، «روضة الطالبين» ٩/ ١٦١.
(٩) في (خ): (الخاطئ).
(١٠) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٦.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ [القَوَدَ][١] جِنايةُ كُلِّ واحدٍ منهما مُوجِبةٌ للقِصاصِ، وإنَّما القَوَدُ سَقَطَ عن الأبِ لمَعْنًى فيه، وهي فضيلةُ الأُبوّةِ، فالولدُ[٢] لا يُكافئُه في ذلك، والأجنبيُّ مُكافِئًا[٣] له، فلِهذا قُلنا: يَجِب عليه القَوَدُ، وهذا كرجلَيْن قَتَلَا[٤] رجلًا واحدًا [عَمْدًا][١]، فعفا الوَلِيُّ عن أحدِهما، فإنَّ القَوَدَ لا يَسْقُط عن الآخرِ[٥].

وليس كذلك العامِدُ مع الخاطِئِ، فإنَّ القَوَدَ سَقَط عن الخاطئِ لمعنًى في فِعْلِه، وفِعْلُ العامدِ غيرُ مُتَميِّزٍ[٦] عن فِعْلِ الخاطئِ، فامْتَزَجَ فِعْلاهما؛ فلِهذا سَقَطَ [القَوَدُ عن شريكِ الخاطئِ][٧]. [خ ١٨١/ب]

فأمّا إذا شارَكَ البالغُ الصَّبيَّ في قَتْلِ بالِغ؛ أمّا الصَّبيُّ فلا قَوَدَ عليه، وأمّا الشَّريكُ فإن قُلْنا: إنَّ عَمْدَ [الصَّبِيِّ][٨] خطأٌ؛ فلا قَوَدَ عليه، وإن قُلْنا: إن عَمْدَ الصَّبيِّ عَمْدٌ؛ وَجَبَ عليه القَوَدُ[٩].

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) في (خ): (والولد).

(٣) كذا في النسختين بالنصب، وهي حال وهو وجه في العربية قليل، قال ابن مالك في «التسهيل مع شرحه» ١/ ٣٢٤-٣٢٥: (ص: ويغني عن خبر اسم عين باطراد مصدر يؤكده مكرّرا أو محصورا، وقد يرفع خبرا وقد يغني عن الخبر غير ما ذكر من مفعول به وحال).

وقال أيضًا: (ومن الاستغناء عن خبر المبتدأ بحال مغايرة، لما تقدم ذكره ما روى الأخفش من قول بعض العرب: زيد قائمًا، والأصل: ثبت قائمًا، أو عرف قائمًا. وأسهل منه ما حكاه الأزهري من قول بعض العرب: «حكمك مسمّطا»).

(٤) في (خ): (إذا قتلا).

(٥) انظر: «الأم»: ٩/ ٩٩، ١٠٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٦.

(٦) في (خ): (مميز).

(٧) في (ب): (الخطأ عن شريك العامد).

(٨) ساقط من (ب).

(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ١٣٠، و«المهذب» ٣/ ١٧٤، و«روضة الطالبين» ٩/ ١٣٦.

فإذا ثَبَتَ هذا، فحُكِيَ [عن][١] الشَّافعيِّ رحمه اللهُ تعالى في مُناظرةٍ جَرَت بينه وبين مُحمّدِ بنِ الحسنِ، أو مع صاحبٍ له[٢]:

قال: قُلْتُ له: لِمَ يُوجَبُ القَوَدُ على شريكِ الصَّبِيِّ.

فقال: لأنَّه شاركَ مَن [القَلَمُ عنه مَرفوعٌ][٣].

[**فقُلْتُ له:** فهلّا أَوْجَبْتَ القَوَدَ على شريكِ الأبِ؛ لأنَّه مُشارِكٌ مَنِ][٤] القلمُ عنه [غيرُ][٥] مرفوعٍ.

[**قال:** فلَمْ][٦] يُجِبْ شيئًا[٧].

قال أصحابُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ: لِمَ لا[٨] يُنْصِفُ[٩] الشَّافعيُّ محمدًا في هذه المُناظرة[١٠]؟

لأنَّ محمدًا جَعَلَ العِلّةَ في سُقوطِ[١١] القَوَدِ عن شريكِ الصّبيِّ كَوْنَ

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) حكاها المزني في مختصره بينه وبين محمد بن الحسن الشيباني رحمهما الله تعالى.

(٣) في (ب): (رفع القلم عنه).

(٤) ساقط من (ب)، والمثبت موافق لما في «مختصر المزني»، و«الحاوي الكبير».

(٥) ساقط من (خ)، والمثبت موافق لما في «مختصر المزني»، و«الحاوي الكبير».

(٦) في (ب): (فإن قلتم)، تصحيف.

(٧) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٦، ٣٤٧.

(٨) ليست في: (ب).

(٩) في (خ): (ينصّ).

(١٠) في (خ): (المناقضة).

(١١) في (خ): (سقوطه).

القَلمِ عن الصّبيِّ مرفوعٌ[١]؛ فيَجِبُ أن يكونَ النَّقْضُ[٢]: أن يُوجَد[٣] إيجابُ القَوَدِ على[٤] مَن شاركَ مَنِ القَلَمُ مَرْفوعٌ عنه، والذي قاله الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فليس كذلك.

أَجاب أصحابُنا [عن هذا][٥]، فقالوا: العِلّةُ على ضربَيْن؛ عِلّةُ النَّوعِ، وعِلّةُ الجِنْسِ.

فإذا كانت العِلّةُ للنوع كان نقضُها[٦] من جِهَةٍ واحدةٍ، وهو الطَّرْدُ، وإذا كانَتْ للجِنْسِ؛ كان نَقْضُها[٧] من وجهَيْن[٨] من جِهَةِ الطَّرْدِ ومن جِهَةِ العَكْسِ.

---

(١) هكذا وردت بالنسخ التي بين أيدينا، وهي لغة ربيعة فهي تقف على كل المنون بالسكون وقفًا وتثبت الحركة دون التنوين وصلًا.

قال ابن مالك في «شرح الكافية الشافية » (٤/ ١٩٨٠، ١٩٨٣) وفي الوقف على المنون ثلاثة لغات: إحداهما: لغة ربيعة وهي أن يوقف] عليه بحذف التنوين، وسكن الآخر مطلقا، كقولك: «هذا زيد». و«مررت بزيد» و«رأيت زيد»).

وقال في نفس المصدر في موضع آخر يقرر مسألة (وهذا موافق لمذهب ربيعة. في حذفهم تنوين الصحيح دون بدل ، والوقف عليه بالسكون - مطلقًا، والتنوين هو الحركة الثانية التي هي بدل النون الساكنة.

(٢) قال الماوردي في (والفصل الثّاني: من كلام المزنيّ أن اعترض به على الشافعي فقال قد شارك محمد بن الحسن فيما أنكر عليه، لأنّه رفع القصاص عن الخاطئ حتّى أسقط به القود عن العامد، ورفع القصاص عن الصّبيّ ولم يسقط به القود عن البالغ، وهذا الاعتراض وهم من المزنيّ، لأنّ الشّافعيّ حمل ذلك على اختلاف قوليه في عمد الصّبيّ هل يكون عمدًا أو خطأً، فجعله في أحد قوليه عمدًا فلم يسقط به القود عن البالغ إذا شاركه لوجود الشّبهة في الفاعل دون الفعل، بخلاف الخاطئ، وإن جعل عمده في القول الثّاني خطأً سقط به القود عن البالغ لوجود الشّبهة في القتل دون الفاعل كالخاطئ، فكان اعتراضه زللًا، واللّه أعلم بالصّواب). انظر «الحاوي الكبير» ١٢/ ١٣٢.

(٣) في (ب) : (يوجده).

(٤) في (ب) : (عن).

(٥) ساقط من (ب) .

(٦) في (ب) : (بعضها)، تصحيف.

(٧) في (ب) : (مقتضيها)، تصحيف.

(٨) في (خ) : (جهتين).

ومِثالُ ذلك: إذا قال قائلٌ: علةُ الرّبا[١] الطعمُ، فالنّقْضُ [يكونُ][٢] من وجهَيْن[٣]، من جهةِ الطّرْدِ[٤] أن يُوجدَه مَطْعومًا [بلا رِبًا][٥]، والعكسُ: أن يُوجدَه رِبًا[٦] ثابتًا، بلا مَطْعومٍ.

فعِلّةُ محمّدٍ هاهُنا للجِنْسِ[٧] لا للنوعِ؛ فلِهذا تَوجّه النَقْضُ[٨] عليها من جِهَةِ العكسِ، فبان بِهذا سقوطُ ما زَعَمه المخالِفُ وظهورُ[٩] ما قاله الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١٠]، والحمدُ للهِ، وهو هكذا أبدًا موقوفًا[١١] على المخالِفين رضوانُ اللهِ عليهم[١٢].

[خ ١٨٢/أ]

فإن قيل: أليس لو أَرسَل المُسْلِمُ والمَجُوسيُّ كَلْبَهما على صيدٍ؛ لم يَحِلَّ أكلُه[١٣]، فلِمَ أَوْجَبْتُم القِصاصَ على شريكِ الأبِ؟

قُلْنا: الفرقُ بينهما: هو أنَّه قد اجْتَمع في الصَّيدِ ما يُبِيحُ و[ما][٢] يُحَرِّمُ؛ فغُلِّبَ التَّحْريمُ على الإباحةِ؛ فلِهذا لم يَحِلَّ أكلُه[١٤]، وليس كذلك [في مسألتِنا؛ لأنَّ القِصاصَ يَجِبُ بوجودِ][٤] المُكافأةِ[١٥]، وقد وُجِدَتْ هاهُنا[١٦]؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

(١) في (ب): (الزنا) تصحيف بين.
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (ب): (جهتين).
(٤) ليست في (ب).
(٥) في (ب): (بلادنا) وهو تصحيف بين.
(٦) في (ب): (ريبا)، وهو تصحيف.
(٧) في (ب): (الجنس).
(٨) في (ب): (البعض)، تصحييف.
(٩) في (ب): (والجمهور).
(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ١٣١، ١٣٢.
(١١) كذا في (ب)، وفي (خ) غير مقروءة.
(١٢) في (خ): (عليه).
(١٣) انظر: «الأم»: ٣/ ٥٩٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٨٩.
(١٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ١٣.
(١٥) في (ب): (مكافأة).
(١٦) انظر: «نهاية المطلب» ١٦/ ١٠، و«روضة الطالبين» ٩/ ١٣٥.

(٧٢٨): مسألة

[في سراية الجناية]

إذا قَطَع إصْبَع [رَجُل][١]، فأكِلَتْ[٢]، وسَرَى[٣] إلى الكَفِّ؛ وَجَبَ القِصاصُ في الإصبعِ، ووَجَب في الكَفِّ ديتُها، لأنَّ [الكَفَّ] لا يُقْصَدُ [تَناوُلها بالسّرايةِ][٤]، لأنَّ قَطْعَها مُمْكِن، فإذا لم يَفْعلْ وسَرَى[٥] إلى الكَفِّ؛ عُلِم أنَّه لم يَقْصِدْ إلى ذلك، فكان في حُكمِ الخاطِئ[٦].

ولو أوْضَحَهُ فأذْهَب[٧] ضَوْءَ عينِه، فمن أصحابِنا من قال: يَجِبُ [القِصاصُ][٨] في الضَّوءِ[٩].

ويُفارِقُ الكَفَّ، قال: **والفرقُ** هو أنَّ الضَّوْءَ لا يُمْكِنُ تَناوُله بمُباشرةٍ، [وإنَّما يُمْكِن][١٠] تَناوُله بإتلافِ مَحَلِّه، كإيقاعِ الجنايةِ [عليه][١]، وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأنَّ إتلافَ [الكَفِّ][١] بمُباشرةٍ[١١] مُمْكِنٌ[١٢]، فلا يكونُ إتلافُ غيرِه كإتلافِ مَحِلِّه في القضيةِ[١٣].

ويُمْكِنُه[١٤] أن يأخُذَ ضَوْءَ العَيْن مُنْفرِدًا[١٥] بأن يَحْمِيَ حديدةً ويُقرِّبها

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) كذا في (ب)، وفي (خ): (وأكلت)، وفي «الأم» و«مختصر المزني»: (فتآكلت).

أكل العضو وائتكل وتأكّل: أكل بعضه بعضا، والأكلة -كفرحة: علة يحدث منها جرح يأتكل منه البدن. انظر: تاج العروس: ٢٨/ ١٢، و«النظم المستعذب»: ١/ ٢٦٥.

(٣) في (خ): (فسرت).

(٤) في (ب): (من غيرتنا ولها والسراية).

(٥) في (خ): (وسرت).

(٦) انظر: «الأم»: ٧/ ١٤٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٨.

(٧) في (خ): (فذهب).

(٨) ساقط من (خ).

(٩) انظر: «المهذب» ٣/ ١٨١.

(١٠) في (ب): (عن).

(١١) في (ب): (مباشرة).

(١٢) في (خ): (ممكنة).

(١٣) في (خ): (القصة).

(١٤) في (ب): (فيمكنه).

(١٥) في (ب): (مفردا).

إليها[١]، ولمّا[٢] أمْكَنَ ذلك فيها[٣] [هنا][٤]؛ وَجَبَ فيها القِصاصُ والكفُّ بخِلافِها[٥].

***

[في ادِّعاءِ الجاني أن عضوَ المجنيِّ عليه غيرُ سليمٍ]

(٧٢٩): مسألة

إذا جَنَى على عُضْوٍ من أعضائِه، ثم اختلفا، فقال الجاني: كان العُضْوُ غَيْرَ سليم ولا صحيحٍ، وقال المَجْنِيُّ عليه: بل كان صحيحًا سليمًا، نَظرْتُ[٦] فيه، فإن كانَ ذلك العُضْوُ من الأعضاءِ الباطنةِ؛ كان القولُ قولَ المَجْنِيِّ عليه [مع يمينِه][٧] في أَصَحِّ القولَيْن[٨]، وإن كان ذلك [عضوًا ظاهرًا][٩]؛ كان القولُ قولَ الجاني [مع يمينِه][١٠] على الصَّحيحِ من المَذْهَبِ[١١]. [خ ١٨٢/ ب]

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا كان ذلك من الأعضاءِ الباطنةِ، فلا يُمْكِنُ إقامةُ البيّنةِ عليه على سلامتِه أو عِلّتِه[١٢]، فلِهذا رَجَعْنا إلى قولِ المَجْنيِّ عليه، وليس كذلك إذا كان [العضوُ ظاهِرًا][١٣]؛ لأنَّه يُمْكِنُ إقامةُ البيّنةِ [عليه][١٠]. [ب ١٠٧/ أ]

فلِهذا جَعْلنا القولَ قولَ الجاني، إذا وَجَب عليه قِصاصٌ في يمينِه، فقال له المُقْتَصُّ: أخْرِجْ يمينَك، فأَخْرَجَ يسارَه، فقَطَعها، فإن كان

---

(١) في (خ): (إليه).
(٢) في (خ): (وما).
(٣) في (خ): (منها).
(٤) ساقط من (خ).
(٥) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١١/ ٣٦٦.
(٦) في (ب): (نظر).
(٧) ساقط من (خ).
(٨) انظر: «الأم»: ٧/ ١٨٤، ١٨٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٩.
(٩) في (خ): (من الأعضاء الظاهرة).
(١٠) ساقط من (ب).
(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ١٨٥، و«روضة الطالبين» ٩/ ٢١٠.
(١٢) في (ب): (عليه)، تصحيف.
(١٣) في (خ): (من الأعضاء الظاهرة).

أَخْرَجَها وهو عالِمٌ بأنَّ المُقْتَصَّ استدعَى يمينَه[١]، وأنَّ اليسارَ لا يَنُوبُ قَطْعُها عن اليمينِ؛ فهي هَدَرٌ، وكان عليه القِصاصُ في يمينِه.

وإن قال: لم أَعْلَم أنَّها يسارًا، أو قال: جَهِلْتها[٢] أو ظَنَنتُ بأنَّه يجوزُ أَخْذُ اليسارِ مكانَ اليمينِ؛ نَظْرت، [في القاطعِ، فإن][٣] قَطَعها، وهو يَعْلَمُ أنَّها يَسارُه، فهل يَجِبُ عليه القِصاصُ، أم لا؟ على وجهَيْن.

فإن لم يَعْلَمْ، فلا قِصاصَ [عليه][٤]، ووَجَبت الدِّيةُ، وعلى[٥] كلِّ حالٍ؛ فلا يَسْقُطُ القِصاصُ عن اليمينِ[٦].

ولو قال الجَلّادُ[٧] للسّارِقِ: أَخْرِج يمينَك لأَقْطَعها، فأَخْرَجَ يسارَه، فقطعَها، وهو يعلمُ أنَّها يسارُه؛ فإنَّه لا يجوزُ أخذُها مكانَ اليمينِ؛ وَجَبَ عليه القَوَدُ، وقُطِعَتْ يمينُ السَّارقِ، وإن قال: لم أَعْلَمْ [حَلَفَ و][٤] وَجَبَتْ عليه الديةُ.

[وهل عليه القَوَد، أم لا؟ فيه قولان][٤].

وأمّا القَطْعُ [في اليمينِ][٨]، فيُحْتمل أن يُقالَ: إنَّه يَسقُطُ.

ويُفارِقُ مسألتَنا؛ لأنَّ الغَرَضَ[٩] من القَطْعِ [في السَّرِقةِ][٤] الرَّدْعُ والزَّجْرُ، وهذا المَعْنى قد وُجِد في قَطْعِ اليَسارِ، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ الغَرَضَ استيفاءُ الحَقِّ والتَّشَفِّي؛ فلِهَذا إذا تعلَّق بعَيْنٍ؛ لم يَسقُطْ بأَخْذِ غيرِها.

---

(١) في (ب): (بيمينه). (٢) في (خ): (جهلت).

(٣) في (خ): (فإن كان القاطع). (٤) ساقط من (خ). (٥) في (خ): (على).

(٦) انظر: «الأم»: ٧/ ١٥٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٩، و«الحاوي الكبير»: ١٢/ ١٩٣، ١٩٤.

(٧) في (خ): (الحداد). (٨) ساقط من (ب). (٩) في (ب): (العوض).

وفيه(١) قولٌ آخرُ: أنَّه يَسقُطُ القَطْعُ عن اليمينِ(٢).

***

(٧٣٠): مَسْألة

[في ديةِ القتلِ في مكةَ أو المدينةِ، أو حالِ الإحرامِ]

إذا قَتَل في البلدِ الحرامِ وَجَبَ(٣) عليه دِيَةٌ مُغلَّظةٌ(٤)، ولو قَتَل في مدينةِ النَّبيِّ ﷺ، أو في حالِ الإحرامِ لم تُغلَّظِ الدِّيةُ عليه(٥).

والفرقُ بينهما: هو أنَّ(٦) المدينةَ لمّا جازَ دخولُها بغيرِ إحرامٍ؛ لِهذا(٧) لم يُغلَّظِ القتلُ فيها، وليس كذلك الحَرَمُ، فإنَّها بُقْعَةٌ لا يَحِلُّ دخولُها بغيرِ إحرامٍ(٨).

[خ ١٨٣/أ]

وأمّا(٩) القتلُ في حالِ الإحرامِ، فإنَّما(١٠) لم تُغَلَّظ [فيه](١١)؛ لأنَّ حُرْمَتَه غيرُ مؤبَّدةٍ، وليس كذلك حُرْمةُ الحَرَمِ، فإنَّها مُؤَبَّدةٌ(١٢)، فبان الفرقُ بينهما.

***

(١) في (خ): (وقيل).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ١٩٥، و«نهاية المطلب» ١٦/ ٢٧٦.
(٣) في (خ): (لم وجبت).
(٤) انظر: «الأم»: ٧/ ٢٧٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٥٠.
والدية المغلّظة: أثلاثا؛ ثلاثون حقّة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة. «المهذب» ٣/ ٢١٠.
(٥) قال الشيرازي: (فإن كان القتل في المدينة ففيه وجهان: أحدهما: أنه يغلظ لأنها كالحرام في تحرم الصيد فكذلك في تغليظ الدية. والثاني: لا تغلظ لأنها لا مزية لها على غيرها في تحريم القتل بخلاف الحرم، واختلف قوله في عمد الصبي والمجنون فقال في أحد القولين: عمدهما خطأ؛ لأنه لو كان عمدًا لأوجب القصاص، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة. والثاني: أن عمدهما عمد؛ لأنه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمدًا كالبالغ العاقل، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة وما يجب فيه كالنفس في الدية المغلظة والدية المخففة لأنه كالنفس في وجوب القصاص والدية فكان كالنفس في الدية المغلظة والدية المخففة). انظر: «المهذب» ٣/ ٢١١.
(٦) في (ب): (أن في).
(٧) في (ب): (تعين أنه).
(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٢١٩، ٢٢٠.
(٩) في (خ): (قلنا).
(١٠) في (ب): (ربما).
(١١) ساقط من (ب).
(١٢) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٧/ ١٣٧.

(٧٣١): مسألة

[في حلمتي الرَّجل والمرأةِ]

إذا جَنَى على حَلَمَتَيِ الرَّجلِ؛ وَجَبَتْ عليه حُكومةٌ في أحدِ القولَيْن، وأمّا إذا جَنَى على حَلَمَتَيِ المرأةِ؛ وجبَتْ [عليه فيها ديةٌ][(١)] كاملة.

والفرقُ بينهما: أنّ في حَلَمَتَي المرأةِ جَمالًا ومَنْفعةً؛ فلِهذا ضُمِنَا[(٢)] بالدِّيةِ الكاملةِ، وليس كذلك حَلَمَتَي الرَّجلِ، فإنَّ فيها جَمالًا بلا منفعةٍ؛ فلِهذا ضُمِنَا[(٢)] بالحُكومةِ[(٣)].

[خ ١٠٧/ ب]

***

(٧٣٢): مسألة

[في تَحَمُّلِ العاقلةِ الجناية على العبدِ]

لا تَتَحمّلُ[(٤)] العاقلةُ الجنايةَ على العبدِ في أحدِ القولَيْن.

ويُفارِقُ الحُرُّ؛ لأنَّ العبدَ مالٌ، و الحُرُّ ليس كذلك[(٥)]، وقال النَّبيُّ صلّى اللهُ عليه وسلَّم: «**لا تَتَحَمَّلُ العاقِلَةُ عَبْدًا وَلا عَمْدًا وَلا صُلْحًا وَلا اعْتِرافًا**»[(٦)].

***

(١) في (خ): (ديتها).

(٢) في (ب): (ضمنها).

(٣) انظر: «الأم»: ٧/ ٣١٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٥٢.

(٤) في (ب): (تحمل).

(٥) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٣٨.

(٦) أخرج الدارقطني في «السنن»: رقم (٣٣٧٨)، والطبراني في «مسند الشاميين»: رقم (٢١٢٤)،: عن عبادة بن الصامت مرفوعًا قال: «لا تجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئا». فيه محمد بن سعيد المصلوب كذاب، والحارث بن نبهان منكر الحديث.

وأخرج الدارقطني في «السنن»: رقم (٣٣٧٦)، والبيهقي في «الكبرى»: رقم (١٦٣٥٩)، عن عمر موقوفا: قال: «العمد والعبد، والصلح والاعتراف، لا تعقله العاقلة».

وهو منقطع، وفي إسناده عبد الملك بن حسين، قال البيهقي: المحفوظ عن عامر الشعبي من قوله.

وأخرج مالك في «الموطأ، رواية محمد بن الحسن»: رقم (٦٦٥)، والبيهقي في «الكبرى»: رقم (١٦٣٦١): عن عبد الله بن عباس موقوفًا أنه قال: «لا تحمل العاقلة عمدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما جنى المملوك». انظر: التلخيص الحبير: ٥/ ٢٦٥٨

[في ديةِ الإفضاءِ]

(٧٣٣): [مَسْألة][1]

إذا تَزوَّج امرأةً فوطِئَها فأَفْضَاها؛ وَجَبَت عليه ديةُ الإفضاءِ مُنْفرِدًا عن المَهْرِ[2].

ويُفارِقُ هذا إذا كانَتْ بكرًا حيث [قُلْنا][1]: لا شيءَ عليه في البَكارةِ: هو أنَّ الإفْضاءَ جنايةٌ قد يَنْفَكُّ الوطءُ عنها؛ فلِهذا لم يَتَداخَلَا، وليس كذلك في البَكارةِ، فإنَّها جِنايةٌ لا يُمكِنُ انْفِكاكُ الوَطءِ عنها[3]، فبان الفرقُ بينهما.

***

[فيمن جَرَح رجلًا، ثم عاد فذبحَه]

(٧٣٤): مَسْألة

إذا جَرَحَ رجلٌ رجلًا، ثم عادَ فذَبَحَه، [فإن كان ذلك][1] قبل الانْدِمالِ[4]؛ لم يَدْخُلْ قِصاصُ الجُرْحِ [في][5] قِصاصِ النَّفْسِ، ودَخَلَ أَرْشُ الجُرْحِ في دِيةِ النَّفْسِ على الصَّحيحِ من المَذْهَبِ[6].

[خ ١٨٣/ ب]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ القِصاصَ موضوعٌ للتَّشَفِّي؛ فلِهذا قُلنا: لا يَدْخلُ قِصاصُ الطَّرَفِ في قِصاصِ النَّفْسِ، وليس كذلك الدِّيةُ، فإنَّ الاعتبارَ فيها بالمالِ[7]، [ولها حالةٌ][8] تَسْتَقِرُّ فيه؛ فلِهذا دَخَلَ[9] فيه أَرْشُ الطَّرَفِ.

***

(١) ساقط من (ب).

(٢) انظر: «الأم»: ٩/ ٣٩٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٨٥، و«المهذب» ٣/ ٢٣٢.

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١١/ ٥٥٩.

(٤) الاندمال: هو برء الجرح، يقال: اندمل الجرح: إذا تماثل وعليه جلبة للبرء، وأصله: الإصلاح، دملت بين القوم: أصلحت، ودملت الأرض بالسّرجين: أصلحتها. «النظم المستعذب»: ٢/ ٢٣٩.

(٥) ساقط من (خ).

(٦) انظر: «الأم»: ٧/ ١٧٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٤، و«الحاوي الكبير»: ١٢/ ٤٦.

(٧) في (ب): (كالمال). (٨) في (ب): (فلهذا جاز). (٩) في (ب): (أدخل).

(٧٣٥): مسألة

[فيمَن شارك سَبْعًا في قتلِ إنسانٍ، أو جُرحِه، أوجَرَح المجروحُ نفسَه، فمات]

قد ذكرْنا أنَّ شريكَ الأبِ يَجِبُ عليه القِصاصُ، وأمّا إذا شارَكَ السَّبْعَ في قَتْلِ إنسانٍ أو جَرَحه رَجُلٌ، ثم[1] جَرَحَ المجروحُ نفسَه، ومات من الجُرْحَيْن، فهل يَجِبُ عليه القَوَدُ، أم لا؟ على قولَيْن[2].

فإذا قُلْنا: لا يَجِبُ القَوَدُ، **فالفرقُ بينه وبين شَريكِ الأبِ**: هو أنَّ شريكَ الأبِ شارَكَ مَن سَقَطَ عنه القَوَدُ لفضيلتِه[3]، وليس كذلك السَّبْعُ، وشريكُ الجاني على نفسِه؛ لأنَّ ذلك [شارَكَ][4] مَن فِعْلُه غيرُ مَضْمونٍ بحالٍ، فلِهَذا لم يَجِبْ عليه شيءٌ على أحدِ القولَيْن[5].

[في الأكلةِ تَقَعُ في يدِ الصبيِّ، فيقطعُها أبوه]

فأمّا إذا وَقَعَتْ في يدِ صَبِيٍّ الأَكِلة[6] وخِيفَ منها فقَطَعَها وَلِيُّه ومات منها؛ فلا ضمانَ عليه، وإن قطعَها أجنبيٌّ فمات؛ كان عليه الضَّمانُ، فإنْ أَمَرَ الإمامُ بقَطْعِها، فقَطَعَها؛ ففيه قولانِ:

أحدُهما: على الإمامِ وشريكِه القَوَدُ.

والقولُ الثاني: لا قَوَدَ عليهما[7]، **ويُفارِقُ** شريكَ الأبِ؛ لأنَّ الإمامَ هاهُنا قَصَدَ المصلحةَ؛ [فلِهذا لم][8] يَكُنْ عليه، ولا على شريكِه القَوَدُ، وشريكُ الأبِ بخِلافِه.

***

(١) في (خ): (و).

(٢) انظر: «الأم»: ٧/ ١٠٢، و«المهذب» ٣/ ١٧٤.

(٣) في (خ): (لفضيلة).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) انظر: «الجمع والفرق»: ٣/ ٤١٥، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٧/ ٤٨.

(٦) في (خ): (أكلة).

(٧) انظر: «الأم»: ٧/ ٢١٧، ٢١٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٣.

(٨) في (ب): (فلم).

[في قتلِ المرتدِ ذميًا، وفي المسلمِ يَجرَحُ ذِميًا، ثم يرْتدُّ]

(٧٣٦): مَسْأَلَةٌ

إذا قَتَلَ المُرْتَدُّ ذِميًّا؛ وَجَبَ على المُرْتَدِّ القَوَدُ في أحدِ القولَيْن(١)، ولو جَرَحَ المُسْلمُ ذِميًّا، ثم ارْتَدَّ المسلمُ ومات الذِّمّيُّ؛ [فلا قَوَدَ عليه](٢).

والفرقُ بينهما: هو أنَّ التّكافُؤَ وُجِدَ بين المُرْتَدِّ والذِّمّيِّ، وزاد الذّميُّ [عليه](٣) بأنَّه يُقَرُّ على دينِه ببَذْلِ الجزيةِ والمُرْتَدُّ لا يُقَرُّ، فلِهذا قُتِلَ [به](٤)، وليس كذلك هاهُنا، فإنَّ الجِراحةَ كانت وهو مُسلِم، فالسِّرايةُ حَصَلَتْ عن سَبَبٍ وُجِدَ في [حالِ](٣) الإسلامِ، وتلك حالةٌ قد عُدِمَ فيها التّكافُؤُ؛ فلِهذا لم يَجِبْ عليه [القَوَدُ](٥).

[خ ١٨٤/أ]

***

[فيما إذا كانت يدُ الجاني شلاءَ، أو يدُ المجنيِّ عليه شلاءَ]

(٧٣٧): مَسْأَلَةٌ

[ب ١١١/أ]

إذا قَطَع يدَ رجل، وكانت يدُ القاطع شَلّاءَ، فقد تعذَّرَ القِصاصُ، وتُؤخَذُ الدّيةُ، وأمّا إذا كانت المَقْطوعةُ(٦) شَلّاءَ، فلا قِصاصَ فيها، ولا دِيةَ، وإنّما تَجِبُ الحُكومةُ(٧).

فأمّا إذا قَطَع أُذُنَ الأَصَمِّ، أو أَنْفَ الأَخْشَمِ(٨)؛ ففيه القَوَدُ [على أحدِ القولين](٩).

---

(١) انظر: «الأم»: ٧/ ١٠٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٥، و«المهذب» ٣/ ١٧٢.

(٢) في (خ): (لم يجب عليه القود).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) ساقط من (ب)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٨٠.

(٥) ساقط من (خ)، انظر: «المهذب» ٣/ ١٧٢، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٧/ ١٦.

(٦) في (خ): (يد المقطوع).

(٧) انظر: «الأم»: ٧/ ١٤٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٨.

(٨) الخشم: داء يعتري الأنف، فيمنع الشّمّ، يقال: رجل أخشم بين الخشم. «النظم المستعذب» ٢/ ٢٣٧.

(٩) ساقط من (خ)، انظر: «الأم»: ٧/ ١٤٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٩، و«التنبيه في فقه الإمام الشافعي»: ١/ ٢١٦.

والفرقُ: هو أنَّ الأنفَ الأخْشَمَ، والأُذُنَ الصَّماءَ، وإن لم يَكُنْ فيهما[١] مَنْفعةٌ [ففيهما][٢] جَمالٌ، واليدُ الشّلّاءُ لا منفعةَ فيها، ولا جَمالَ[٣]؛ فلِهذا افْترَقا.

***

(٧٣٨): **مَسْألة**

[في ديةِ موضحةِ الرأسِ، أو الجسدِ]

المُوضِحَةُ تكونُ على الرَّأسِ أو الوَجْهِ؛ وهي التي تُوضِحُ العَظْمَ وتُبْرزه وفيها خَمْسٌ من الإبلِ[٤].

فأمّا إذا جَنَى على عُضْوٍ من الأعضاءِ حتى أَوْضَح العَظْمَ؛ ففيه حكومةٌ، وليس فيها أَرْشٌ مُقَدّرٌ[٥]، ويَجِبُ فيها القِصاصُ بمُوضِحَةِ[٦] الرَّأسِ.

ومن أصحابِنا من قال: لا يَجِبُ فيها القِصاصُ.

والفرقُ: هو أنّا لو أَوْجبْنَا في المُوضِحةِ على البدنِ أَرْشًا مُقدّرًا؛ أَدّى إلى أن نُوجِبَ في الجِنايةِ على العِضْوِ أكثرَ مما نُوجِبُه في العضوِ نفسِه[٧]، وليس كذلك في المُوضِحةِ على الرَّأسِ، فدلّ على الفرقِ بينهما، واللهُ أعلمُ.

***

(٧٣٩): **مَسْألة**

[في اصطدامِ السفينتين أو الفارسَين]

إذا اصْطَدَمَتِ[٨] السَّفينتانِ، وكان ذلك من غيرِ تَفْريطٍ من الفِئتَيْن، [ولا][٢] بأمرِهما، بل كان لِغَلَبَةِ الريحِ؛ ففيها[٩] قولانِ:

أحدُهما: أنَّ حُكْمَها كحُكمِ الفارسَيْن إذا اصْطَدَما.

---

(١) في (ب): (فيها). (٢) ساقط من (ب). (٣) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٢١.

(٤) انظر: «الأم»: ٧/ ١٩٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٥١.

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٢٣١. (٦) في (خ): (لوضحة).

(٧) في (ب): (بنفسه). (٨) في (خ): (اضطربت). (٩) في (ب): (ففيهما).

والقولُ الثاني: أنَّه لا أَرْشَ[1] عليهما، وذلك هَدَرٌ[2].

ويُفارِقُ الفارسَيْن؛ لأنَّ ذلك إذا كان لأجلِ الرِّيحِ وقُوَّتِها؛ فلا صُنْعَ للفِئَتَيْنِ في ذلك؛ لأنَّه لا يُمْكِنهما ضبطُهما، والفارسَيْن بخِلافِ ذلك؛ لأنَّ اصْطِدامَهما بفِعْلِهما[3]؛ فلِهذا افترقا.

[خ ١٨٤/أ]

***

(٧٤٠): مَسْألة

[فيمَن ألقى متاعًا لآخرَ خوفَ الغرقِ، وقتلَ الفحلِ الصائلِ]

إذا خاف رُكْبانُ السَّفينةِ من الغَرَقِ، فأَلْقَى بعضُهم متاعَ بعضٍ في البحرِ؛ كان عليه الضَّمانُ[4]؛ لأنَّ[5] فِعْلَ ذلك [لمَنْفعةِ نفسِه][6]، وهو استِنْقاذُ[7] نفسِه؛ فلَزِمَه الضَّمانُ، كما [لو][8] اضْطَرَّ إلى طعامِ الغَيْرِ.

ويُفارِقُ إذا صالَ عليه الفَحْلُ، فقتلَه دَفْعًا عن نفسِه، حيث قُلنا: لا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ الفَحْلَ أَلجَأَهُ إلى ذلك؛ فلِهَذا لم يَكُنْ عليه الضَّمانُ[9].

***

(٧٤١): مَسْألة

[في تَحمُّلِ النساءِ والصبيانِ العقلَ]

لا مَدْخَلَ للنِّساءِ والصِّبيانِ في تَحَمُّلِ العَقْلِ[10]، ولهم مَدْخَلٌ في إيجابِ الزَّكاةِ.

---

(١) في (خ): (شيء).

(٢) انظر: «الأم»: ٧/ ٢١٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٥٤.

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٣٣٣.

(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٥٤.

(٥) في (ب): (كأنه).

(٦) في (خ): (لمعنى فيه).

(٧) في (خ): (اسيفاء).

(٨) ساقط من (ب).

(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٣٥٤.

(١٠) انظر: «الأم»: ٧/ ٢٨٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٥٥.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ تحمُّلَ العَقْلِ يَجِبُ لأجلِ النُّصْرةِ والمَنَعةِ[١]، وهذا مَعْدومٌ في النِّساءِ والصِّبْيانِ؛ لأنَّه[٢] لا نُصْرةَ فيهم[٣]، وليس كذلك الزَّكاةُ، فإنَّها تَجِبُ لأجلِ الطُّهْرةِ[٤]، [فاستوَى فيها النِّساءُ والرِّجالُ.

***

(٧٤٢): مَسْأَلة

[في تَحمُّلِ الفقيرِ العقلَ، وفي وجوبِ الجزيةِ عليه]

لا مَدْخَلَ للفقيرِ في تَحَمُّلِ العَقْلِ][٥]، وفي وُجوبِ الجِزْيةِ عليه قولان[٦].

فإذا قُلنا: يَجِبُ، **فالفرقُ بينهما**: هو أنَّ الجِزْيةَ حَقٌّ [يَجِبُ][٧] لأجلِ المُساكَنةِ، وحَقْنِ الدَّمِ، فنَزَل ذلك مَنْزِلَةَ الأُجْرةِ؛ فلِهذا استوَى فيها[٨] الفقيرُ والغَنِيُّ، وتَحَمُّلُ العَقْلِ[٩] بخِلافِه[١٠].

***

(٧٤٣): مَسْأَلة

[فيمن أَوقَفَ دابتَه أو رشَّ بابَ دارِه، أو رمى قشورَ بِطيخٍ، فمات منه إنسانٌ]

إذا وَقَفَ دابتَه في طريقٍ وبالَتْ[١١] أو كَنَسَ بابَ دارِه ورَشَّه، أو أَكَلَ

---

(١) في (خ): (والمنفعة).

(٢) في (ب): (لأنهم).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٣٤٧.

(٤) في (ب): (الطهر).

(٥) ساقط من (ب)، انظر: «الأم»: ٧/ ٢٨٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٥٥.

(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٨٤، و«المهذب» ٣/ ٣١٠، ٣١١.

(٧) ساقط من (ب).

(٨) في (ب): (فيه).

(٩) في (ب): (العقد)، تصحيف.

(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٣٥١، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٧/ ١٩٤.

(١١) في (خ): (فبالت).

البِطِّيخَ، ورَمَى قُشُورَه، فزَلِقَ بذلك إنسانٌ، ومات؛ كان على عاقلةِ فاعلِ ذلك الدِّيةُ(١).

[ب ١٠٨/ب] ولو أَجَّجَ نارًا على سَطْحِ دارِه، فهَبَّتِ الرِّيحُ، فأَطَارَتِ الشَّرارَ إلى [سطحِ دارِ](٢) جيرانِه، أو إلى الطَّريقِ فأَتْلَفت شيئًا؛ لم يَكُنْ عليه ضمانٌ(٣).

والفرقُ بينهما: هو أَنَّ من أَشْعَل نارًا على سَطْحِ دارِه فَعَلَ ما [هو](٢) مُباحٌ له فِعْلُه في مِلْكِه، فهو غيرُ مُفَرِّطٍ، وما حَصَلَ من هُبوبِ الرِّيحِ، [خ ١٨٥/أ] فليس هو من فِعْلِه؛ فلِهذا لم يَضْمَنْ، وليس كذلك فيما قبلَه؛ لأَنَّه مُفَرِّطٌ بذلك لأَنَّه(٤) فَعَلَه في غَيْرِ مِلْكِه؛ فلِهذا ضَمِنَ ما تَحَصَّلَ منه، فدلَّ على الفَرْقِ بينهما.

***

(٧٤٤): مسألة

[في ديةِ الجنينِ]

إذا أَلْقَتِ المرأةُ ما تبيّنَ فيه(٥) خَلْقُ آدميٍّ؛ كالإِصْبعِ والظُّفْرِ؛ ثَبَتَ فيه(٦) حُرْمةُ الاسْتِيلادِ وانْقَضَتِ به العدةُ، ووجَبَ على الجاني فيه الغُرّةُ والكفارةُ.

---

(١) وهذا ما حكاه الماوردي في «الحاوي الكبير»: ١٢/ ٣٧٢، والشّيرازي في «المهذب»: ٣/ ٢٠٧.
قال في «الروضة»: وإذا بالت الدابة، أو راثت في الطريق وقد وقفها فيه، فأفضى المرور في موضع البول إلى تلف...، المذهب: أنه لا ضمان. انظر: «روضة الطالبين» ١٠/ ١٩٨.

وهذا ما ذهب إليه الجويني، قال: والوجه عندنا أن نقول: البهائم الطارقة إذا كانت تبول وتروث، ثم فرض تزلق بعض المارة بأبوالها وأرواثها، فلا ضمان على أصحاب الدواب؛ فإن هذا مما لا يمكن التصون منه، وفي إثبات الضمان فيه - منع من المرور والطروق، فإن كان يتجه نفي الضمان في اشتداد الحاجة، فهذا أولى الصور. «نهاية المطلب» ١٦/ ٥٧٠.

(٢) ساقط من (خ). (٣) انظر: «المهذب» ٢/ ٢١٠. (٤) في (خ): (لا منه).

(٥) في (ب): (في). (٦) في (خ): (به).

وهكذا لو أَلْقَتْه، ولم يَتَبيَّنْ فيه خَلْقٌ، ولكن قال القَوابِلُ فيه: تَخْطِيطُ باطِنٌ[١] لو بَقِيَ لتبيَّنَ فيه خِلْقَةَ آدميٍّ.

وأمّا إذا[٢] لم يَكُنْ كذلك، ولكن أَلْقَتْ مُضْغَةَ لَحْمٍ، [أو قِطْعَةَ دَمٍ مُسْتَجسِدٍ[٣]، وقال القَوابِلُ: نحن نعلمُ أنَّه ابتداءُ خَلْقِ آدميٍّ، ولو بَقِيَ لتخلَّقَ][٤]، فقال الشَّافعيُّ في كتابِ العِدَدِ: تَنْقَضِي به العِدَّةُ[٥].

وقال في كتابِ المُكاتَبِ: وأمُّ الولدِ لا تَكُونُ أمَّ ولدٍ حتى تَضَعَ [ولدًا][٦] مُخَلَّقًا[٧].

واختَلَفَ أصحابُنا في ذلك على ثلاثةِ طُرُقٍ[٨]:

منهم من قال: تَتعَلَّقُ به سائرُ الأحكامِ.

ومنهم من قال: في الجميعِ قولانِ.

ومنهم من أَخذ بظاهرِ كلامِ الشَّافعيِّ، فقال: تَنْقَضي به العِدَّةُ، وفيما عداها من الأحكامِ لا تأثيرَ له.

والفرقُ: هو أنَّ العِدَّةَ لمّا انْقَضَتْ [بالدَّمِ الجاري أن تَنْقَضِيَ بالدَّمِ المُسْتَجْسِدِ[٩]، وغيرُها من الأحكامِ بخِلافِ ذلك][١٠].

***

(١) في (ب): (باطل)، تصحيف، والمثبت موافق لما في «نهاية المطلب» ١٥/ ١٧٦، و«البيان» ٨/ ٥٢٢.

(٢) في (ب): (ما).

(٣) المستجسد: ضد المائع، انظر: «الأم»: ٢/ ١١٢، و«أعلام الحديث شرح صحيح البخاري» للخطابي: ١/ ٢٨١.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ٥٦٠.

(٦) ساقط من (خ).

(٧) انظر: «الأم»: ٧/ ٢٤٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٤٢.

(٨) في (ب): (أقوال).

(٩) في (خ): (المستجد)، ولعل صوابه ما أثبتناه، تقدم تفسيره.

(١٠) ساقط من (ب)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٨/ ٣١١، و«بحر المذهب» ٨/ ٤٠٨.

[فيمَن مات أثناءَ أيمانِ القسامةِ، أو أُغمِي عليه]

(٧٤٥): مَسْأَلَة

إذا شَرَعَ بعضُ الأولياءِ في [أَيمانِ القَسامةِ](١)، ثم ماتَ؛ قام وارِثُه مقامَه، إلَّا أنَّه يَسْتَأْنِفُ اليمينَ، ولو أُغْمِيَ عليه، أو جُنَّ في أثناءِ اليمينِ، [فإنَّه إذا](٢) أفاقَ بَنَى على يمينِه.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا ماتَ، فقد بَطَلَ حُكمُ فِعْلِه؛ فلِهذا استُؤنِفَ بعد موتِه، وليس كذلك في الإغماءِ والجُنُونِ؛ لأنَّه فِعْلٌ واحدٌ، فجازَ أن يُبْنى بعضُه على بعضٍ، وفي الموتِ؛ صار فِعْل اثنَيْن(٣)؛ فلِهذا افترقا(٤).

***

[في الجماعةِ يشتركون في قتلِ عبدٍ]

(٧٤٦): مَسْأَلَة

وإذا اشْتَرك جماعةٌ في قَتْلِ عبدٍ؛ وَجَبَت عليهم(٥) القِيمةُ بالحِصَصِ، وأمّا الكفارةُ فتَجِبُ بكمالِها على كلِّ واحدٍ كفارةٌ كاملةٌ.

[خ ١٨٦/ ب]

والفرقُ بين هذا وبين القيمة: هو أنَّ الكفارةَ [لا تَجِبُ](٦) على طريقِ(٧) البَدَلِ، فلِهذا وَجَبَتْ بكمالِها على كلِّ واحدٍ، والقيمةُ تَجِبُ على طريقِ البَدَلِ؛ لأنَّها تَخْتَلِفُ في [الصِّغَرِ والكِبَرِ](٨)، والصِّحّةِ والعَيْبِ، فلهذا قُلْنا: إذا اشْتَرك جماعةٌ مُحْرِمون في قَتْلِ صَيْدٍ أنَّ عليهم جزاءً واحدًا(٩)؛

---

(١) في (ب): (المقاسمة).
(٢) في (ب): (فإذا).
(٣) انظر: «الأم» ٧/ ٢٣٣، ٢٣٤، و«مختصر المزني» ٨/ ٣٥٩.
(٤) في (ب): (افترق).
(٥) في (ب): (عليهما).
(٦) في (خ): (تجب لا).
(٧) في (خ): (جهة).
(٨) في (خ): (الصغير والكبير).
(٩) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٦٨.

بـأنَّ ذلـك يَجِـبُ علـى طريـقِ البَـدَلِ، أَلَا تَـراهُ يَختَلِـفُ بصَغِيـرِ[١] الصَّيْـدِ وكبيرِه، وغيرِ ذلك[٢]، فدلَّ على افتراقِهما.

***

(٧٤٧): **مَسْأَلَةٌ**

[في جبايةِ الخوارجِ زكاةَ البلدِ وخراجَها وجزيتَها]

وإذا تَغلَّب الخَـوارِجُ والبُغَـاةُ علـى بلـدٍ فجَبُـوا زكواتِهـا[٣] وخـراجَ أراضِيها[٤] وجِزْيَتِهم، ثـمَّ ظَهَـر الإمـامُ عليهـم؛ لـم يَكُـنْ لـه[٥] أن يُطالِبَهـم بذلـك، وسَقَطَ الفَرْضُ عنهم إن أقاموا البيِّنةَ على ذلك، فإن لـم يُقِيمُـوا بيّنـةً؛ كان القـولُ قولَهـم في الصَّدَقـاتِ.

[ب ١١٢/أ]

وأمّا إذا أخـذوا الجِزْيـةَ مـن أهـلِ الذِّمـةِ؛ لـم يُسْـقط ذلـك عنهـم إن لـم يُقِيمـوا بيّنـةً، وكذلـك إن أخـذوا الخَـراجَ علـى أحـدِ الوجهَيْـن.

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ الجزيـةَ تَجْـرِي مَجـرَى الأُجْـرةِ؛ لأنَّهـا حَـقُّ المُسـاكَنةِ[٦]، ومـن ادَّعَـى دَفْـعَ الأُجـرةِ؛ لـم يُقْبـلْ قولُـه[٧] إلَّا بالبيِّنـةِ، والزَّكـواتُ والخَـراجُ خِـلافُ ذلـك[٨].

***

---

(١) في (خ): (بنصف)، تصحيف.

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٤/ ٣٢٢.

(٣) في (خ): (زكواتهم).

(٤) في (خ): (أرضهم).

(٥) في (خ): (لهم).

(٦) في (خ): (للمساكين).

(٧) في (ب): (منه).

(٨) انظر: «المهذب» ٣/ ٢٥٤، و«روضة الطالبين» ١٠/ ٥٤، ٥٥.

(٧٤٨): مسألة

[في أهل الذمّةِ يَستعينُ بهم البغاةُ]

ولـو استعانَ البُغـاةُ علـى [قِتـالِ أهـلِ العَـدْلِ][١] بأهـل الذِّمّـةِ، ولـم يَعْلَمـوا أنَّ ذلك لا يجوزُ، وادَّعـوا الجَهْلَ بذلـك [لـم][٢] تُنْتَقَضْ ذِمّتُهـم، وإن لـم يُقِيمـوا عُـذْرًا، فهـل تُنْتَقَـضُ ذِمّتُهـم، أم لا؟ فيـه قـولان[٣].

فأمّـا إذا اسْتعانُوا بالمُعاهِديـن؛ وهـم[٤] مَـن[٥] لـه ذِمّـة إلـى أَجَـل، فـإن أقامُـوا بيّنـةً أنَّهـم مُكْرَهُـون؛ لـم [يَنتقِـضْ أمانُهـم][٦]، [وإلَّا انتُقِـضَ][٧] أمانُهـم سَـواءٌ ادَّعَـوْا الجَهْـلَ بذلـك أم لـم يَدَّعُـوه.

[خ ١٨٦/ أ]

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ عَقْـدَ المُعاهِديـن ضَعِيـفٌ؛ لأنَّـه[٨] يُنْتقَـضُ بخَـوْفِ الخِيانـةِ[٩]، وليـس كذلـك عَقْـدُ الذّمـةِ[١٠]؛ فلِهـذا افْترقـا[١١].

***

(١) في (ب) : (قبائل أهل العرف).

(٢) ساقط من (خ) .

(٣) انظر : «الأم» : ٥/ ٥٣١ ، و«مختصر المزني» : ٨/ ٣٦٤ ، و«نهاية المطلب» ١٧/ ١٥١، ١٥٢ .

(٤) في (خ) : (وهو).

(٥) في (ب) : (ممن).

(٦) في (ب) : (تنتقض أمانتهم).

(٧) في (خ) : (وإن لم يقيموا بينة ينتقض).

(٨) في (خ) : (لا)، تصحيف.

(٩) في (خ) : (الجناية).

(١٠) انظر : «الحاوي الكبير» : ١٣/ ١٢٥، ١٢٦ .

(١١) في (خ) : (افترق).

[في المرتدّ يصلى]

(٧٤٩): مسألة

ولو ارْتَدَّ رجلٌ، ولَحِقَ بدارِ الحَرْبِ، فقامَتْ بيِّنةٌ أنَّه صَلَّى بدارِ الحَرْبِ ورُؤِي[1] ذلك منه حُكِم بإسلامِه[2]، ولو كان هذا في دارِ الإسلامِ؛ لم يُحْكَمْ بإسلامِه.

---

(١) في (ب) : (ورأى).

(٢) أما الحكم عليه بالإسلام بمجرد الصلاة بعد الردة مخالف لظاهر المذهب في تقريرهم أن الكافر إذا صلى لا يحكم بإسلامه وهذا ما قطع به المراوزة في الكافر الأصلي والمرتد .

قال أبو المعالي الجويني : (قال **العراقيون**: إذا أسر الكفار مسلمًا، فارتد فيهم مختارًا، وتحقق ذلك عندنا، ثم صح عندنا أنه كان يصلي صلاة المسلمين في دار الحرب، قالوا: نجعل ذلك إسلاما منه، بخلاف ما لو صلى كافر في ديار الإسلام؛ فإن ذلك لا يكون إسلاما؛ إذ الصلاة في دار الإسلام قد تشوبها مراعاة المراءاة بخلاف دار الحرب، وهذا الذي ذكروه غير صحيح.

والوجه في قياس **المراوزة** القطع بأنا لا نحكم له بالإسلام كما لو صلى في دار الإسلام. ثم ما ذكروه يقتضي أن يقولوا: إذا رأينا كافرا أصليّا في دار الحرب يصلي على هيئة صلاة الإسلام، فنحكم بإسلامه، لما ذكروه في حق المرتد. ولو قال قائل بهذا، لكان صائرا إلى مذهب **أبي حنيفة، فإنه** يجعل الصلاة من الكافر إسلاما، وهذا ما لا سبيل إلى القول به). انظر «نهاية المطلب في دارية المذهب» ١٧/ ١٧٢ .

قلت : لكن صيرورة ذلك لمذهب أبي حنيفة فيه نظر بل إن أبا حنيفة يضع شرطا آخر مع كونه يصلي ليحكم بإسلامه وهو أن يصلي جماعة كما في فتح القدير لابن الهمام فصارت طريقة العراقيين أوسع من مذهب أبي حنيفة .

والصواب الذي عليه قياس المذهب طريقة المراوزة فإنَّ الماوردي بعدما حكى قول العراقيين كما أشار إلى ذلك ابن الرفعة أكد أي الماوردي قول المراوزة واستدراك أبي المعالي الجويني على العراقيين فقال : (**وفي هذا نظر** ؛ لأنّه لو صارت الصّلاة إسلاما للمرتدّ ، لصارت إسلاما للحربيّ) انظر «الحاوي الكبير» ١٣/ ٣٨٧.

واتبع ابن الرِّفعة في «الكفاية» أيضًا ما يقيد ما أطلقه العراقيون من مطلق الحكم للمرتد بالإسلام إذا صلى حكايته عن أبي إسحاق الشيرازي فقال : (ثم إيراد الشيخ في «**المهذب**» يفهم تخصيص ما ذكرناه من إسلام المرتد، بما إذا كان قد ارتد **إلى دين لا تأويل لأهله**، ولم أره في غيره).انظر كفاية النبيه في شرح التنبيه ١٦/ ٣٣٥ .

وقوله: «إلى دين لا تأويل لأهله» أي: بأن يكونوا كفارًا في حكم الشريعة وهم ينتسبون للإسلام معتقدين أنهم لم يفارقوه كالروافض .

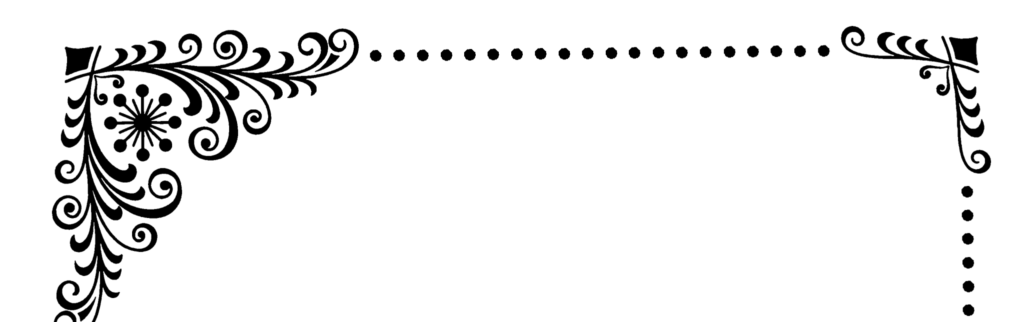
انظر كلام صاحب «المهذب» ٣/ ٢٥٨ وهذا أيضًا على تقييده مخالف لتأصيل المذهب في عدم الحكم بالإسلام للكافر بالصلاة كما هو مذهب المراوزة لما يلحق هذا القول من اللازم بالحكم بإسلام الكافر الأصلي إذا صلى وهو خلاف صريح المذهب .

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا فَعَل ذلك في دارِ الإسلامِ؛ فالظاهِر منه: أنَّه فَعَلَه تَقِيَّة، [وليس كذلك إذا كان في دارِ الحربِ؛ لأنَّه ليس ثَمّ تَقِيّةٌ[1]، وإنَّما الظاهِرُ منه الرَّغْبةُ في الإسلامِ[2]، فدلّ على الفَرْق بينهما.



(١) في (ب) : (بينة)، التقية: فعيلة من الاتقاء، وهو: الدفع بما يقي عنه المكروه، وتاؤها مبدلة من واو، كتاء التقوى. «النظم المستعذب» : ٢/ ٢٦٤.

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ١٨٢، و«المهذب» ٣/ ٢٥٨، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٢/ ٥١، «روضة الطالبين» ١٠/ ٧٤، ٧٥.



مسائلُ الحدودِ



[في حدِّ الزاني البكرِ، وقتلِ العمدِ]

(٧٥٠): **مسألة**

إذا زنى البكرُ؛ جُلِدَ مائةً وغُرِّبَ عامًا، ويكونُ جميعُ ذلك حدًّا له[1]، وإذا قَتَلَ رجلٌ عمدًا؛ فعليه القَودُ فحَسْبُ دونَ الدِّيةِ[2].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ [الواجبَ القَوَدُ، والدِّيةُ][3] بَدَلٌ عن النَّفسِ، فلم يُجمَع بينهما، وليس كذلك في الزِّنا؛ لأنَّ الكلَّ عُقوبةٌ واحدةٌ بفِعْلٍ واحدٍ؛ فلِهذا اجْتَمعا.

***

[في إقرارِ الزاني بالزنا]

(٧٥١): **مسألة**

إذا أَقرَّ الزاني بالزِّنا دَفْعةً واحدةً؛ قُبِلَ ذلك منه، ولَزِمَه[4] الحدُّ، وليس من شَرْطِه أن يتكرَّرَ الإقرارُ أربعَ مراتٍ[5].

فإن قيل: فلِمَ اشْتَرطُوا فيه أربعَ شُهودٍ؟

قيل: لا يَصِحُّ اعتبارُ الشُّهودِ بالإقرارِ، **ألا ترى** أنَّ سائرَ الحقوقِ ثبتَتْ بإقرارِ دَفْعةٍ واحدةٍ، ولا تَثْبُت بأقلَّ من شاهدَيْن، فكذلك هاهُنا.

ثم نقولُ: حدُّ الزِّنا حَقٌّ للهِ تعالى، **ألا ترى** أنَّه لو رَجَعَ عن الإقرارِ به قُبِلَ[6]؛ فلِهذا لم يُشترَطْ فيه التَّكرارُ، فدلَّ على ما قُلْناهُ.

***

[في حدِّ العبدِ والأمَةِ إذا زنيا]

[خ ١٨٦/ ب]

(٧٥٢): **مسألة**

إذا زَنَى العبدُ والأَمَةُ وجبَ عليهما جَلْدُ خمسين، وهل يُغَرَّبان، أم لا؟ أحدُّ القولين: لا يُغَرَّبان[7].

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٦٨.
(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٤.
(٣) في (ب): (الدية).
(٤) في (خ): (وليس).
(٥) انظر: «الأم»: ٨/ ٢٨٥.
(٦) انظر: «الأم»: ٨/ ٢٨٦.
(٧) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٦٨، و«روضة الطالبين» ١٠/ ٨٧.

ويُفارِقُ الحُرَّ، لأنَّ الحُرَّ يَسْتَوْحِشُ بمُفارقةِ الوَطَن [ومُباعَدةِ مَن][١] نَشَأ معهم وتَرَبَّى[٢]، وليس كذلك العبدُ، فإنَّه لا يَسْتوحِشُ بمُفارقةِ الوَطَنِ؛ لأنَّه [تَبَعٌ لسيدِه][٣]؛ فلِهذا افْترقا[٤].

***

(٧٥٣): مَسْألة

[في إقامةِ السيدِ الحدَّ على عبدِه]

ويجوزُ للسَّيدِ أن يُقيمَ الحَدَّ على عبدِه بنفسِه[٥]، وأمّا القطعُ في السَّرقةِ، فهل يَمْلِكُه السَّيدُ[٦]، أم لا؟ [فيه قولان][٧].

أحدُهما: أنَّه يَمْلِكُه[٨]، والفرقُ بينهما: هو أنَّه رُبّما [أدَّى إلى التَّلَفِ والسَّيدُ][٩] تَلْحَقُه التُّهمةُ في القَطْعِ في السَّرقةِ، وليس كذلك في الحَدِّ؛ فلِهذا افْتَرقا.

[ب ١٠٩/ ب]

وفرقٌ آخرُ: هو أنَّ القَطْعَ في السَّرقةِ مَوْضعُ اجتهادٍ؛ لأنَّه قد اختلف في السَّبَبِ المُوجِبِ للقَطْعِ، وفي تقديرِه، فلِهَذا قُلْنا: إنَّ الإمامَ يَتولّاه، وفي مسألتِنا بخلافِه[١٠].

والصَّحيحُ: أنَّ للسَّيدِ [القَطْعَ][٩]، نصَّ عليه الشَّافعيُّ في البُوَيْطِيِّ.

فأمّا إذا ارْتَدَّ العبدُ، فهل يَمْلكُ السَّيدُ قتلَه بنفسِه، أم لا؟ فيه وجهان:

---

(١) في (ب): (ومباعدته ممن).
(٢) في (خ): (وزنى).
(٣) في (ب): (بيع على سيده).
(٤) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٣٦، ٣٣٧.
(٥) في (ب): (نفسه)، انظر: «الأم»: ٧/ ٣٤٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٦٨.
(٦) في (ب): (بنفسه).
(٧) في (ب): (على أحد القولين).
(٨) في (خ): (لا يملكه)، انظر: «الأم»: ٨/ ٧٣٨، ٧٣٩.
(٩) ساقط من (ب).
(١٠) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٢/ ٣٨٠.

أحدُهما: أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك[١]، **والفرقُ بينهما**: هو أنَّه لمّا مَلَك إقامةَ ما هو من جِنْسِ الحدِّ، وهو التّعْزِيرُ؛ فلِهذا[٢] مَلَكَ إقامةَ الحَدِّ، وليس كذلك في الرِدّةِ، فإنَّه لا يَمْلِكُ إقامةَ ما هو من جِنْس القَتْلِ [وهو القَطْعُ في السّرقةِ][٣]؛ فلِهذا افترقا.

***

[فيمَن سَرَق فقُطِعَ، ثم عاد فسَرقه]

(٧٥٤): مسألة

إذا سَرَق عَيْنًا، فقُطِع[٤] بها، ثم عاد وسَرَقَها[٥]؛ قُطِع ثانيًا[٦].

ولو قَذَفَ رجلًا بالزِّنَا فحُدّ لذلك، ثم عادَ فقَذَفه بالزِّنا الأولِ؛ لم يَجِبْ عليه الحَدُّ.

والفرقُ بينهما: هو أنه إذا أعادَ القَذْفَ، فقد عُلِمَ كَذِبُه[٧] [فيه][٣]؛ فلِهذا لم يُحَدَّ[٨]، وليس كذلك في السَّرقةِ؛ لأنَّه قد وُجِدَ [منه][٩] في الدَّفْعةِ الثانيةِ مِثْل ما وُجِد منه في الدَّفْعةِ الأَوَّلةِ من هَتْكِ الحِرْزِ وأخذِ النِّصابِ؛ فلِهذا تكرَّرَ عليه القطعُ[١٠].

[خ١٨٧/أ]

***

[فيمَن أَقرّ بسرقةٍ، والمسروقُ غائبٌ، أو أقرّ أنَّه زنى بجاريةِ فلانٍ الغائبِ]

(٧٥٥): مسألة

إذا أَقرَّ بسرقةِ نِصابٍ، وكان المسروقُ منه غائبًا؛ لم يَجِبْ عليه القطعُ حتى يَحْضُرَ المسروقُ منه في أحدِ الوجهَيْن[١١].

---

(١) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٤٢.

(٢) في (خ): (لهذا).

(٣) ساقط من (خ).

(٤) في (ب): (قطع).

(٥) في (خ): (فسرقها).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٣٣٠.

(٧) في (خ): (كونه)، تصحيف.

(٨) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٥١.

(٩) ساقط من (ب).

(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٣٣١.

(١١) انظر: «الأم»: ٨/ ٣٥٥.

ولو أَقرَّ أنَّه زَنَى بجاريةِ فلانٍ الغائبِ؛ وَجَبَ عليه الحَدُّ.

والفرقُ بينهما على أحدِ طُرق أصحابِنا(١): هو أنَّ حَدَّ الزِّنا آكَدُ(٢) من القَطْعِ في السَّرقةِ؛ بدليلِ أنَّه لو زَنَى بجاريةِ ابنِه؛ وَجَبَ عليه الحَدُّ،

---

(١) هذا نقل المسألة بطولها لفوائدها قال الرُّوياني : (لو أقر ابتداء من غير دعوى بأن يقول: سرقت مال فلان الغائب قدر النصاب بشرائط القطع، أو قال: زنيت بجارية فلان الغائب.

قال أبو حامد: هو كما لو شهد به الشهود قال الشافعي: ولو شهدا أن هذا بعينه سرق مالا مبلغه كذا من حرز وصفاه من فلان ابن فلان الغائب وهما يعرفانه باسمه ونسبه حبس السارق حتى يحضر المسروق منه، فإذا حضر وأكذب الشهود لم يقطع ولم يغرم قال: وإن كان ذلك في الزنا وشهد عليه أربعة بأنه زنا بجارية فلان الغائب وهما يعرفونه بعينه ونسبه أقيم عليه الحد ولم ينتظر حضور المالك، واختلف أصحابنا على ثلاثة طرق فمنهم من قال: في كلتا المسألتين [٨٢/ أ] قولان على سبيل النقل والتخريج وهذا اختيار أبي إسحاق:

أحدهما: لا يقطع ولا يحد حتى يحضر الغائب لأن الحد يسقط بالشبهة ويحتمل أن يكون المال المسروق للسارق اغتصبه المسروق منه أو من أبيه أو أودعه عنده أبوه ولا يعلم به السارق، ويحتمل أن يكون المسروق منه أباحه، وكذلك في الأمة يحتمل ما ذكرنا من كونها ملكا له والشهود شهدوا على الظاهر.

والثاني: يقطع ويحد لأن سبب الحد قد وجد وجواز الشبهة لا يمنعه كما تجوز الشبهة، وإن ادعاه المسروق منه أو كيله، ومن أصحابنا من قال: المسألتان على ظاهرهما وهو اختيار ابن سلمة وابن الوكيل والقاضي أبي حامد وهو الأصح. والفرق أن القطع في السرقة جعل لصيانة الأموال وتحصينها فكان معلقا بحق الآدمي فلم يقم إلا بعد دعواه وليس كذلك حد الزنا لأنه لم يجعل لتحصين الأموال على الآدميين بل هو حق الله تعالى خالصا فلم يتعلق بالدعوى وأيضا حد الزنا لا يسقط بالإباحة والقطع في السرقة يسقط بالإباحة لأنه لو قال: أبحت لكل من دخل الحرز أخذ ما فيه لا يجب القطع على سارقه، ولو قال: أبحت جاريتي لفلان لا يسقط الحد به. وأيضا أوسع في الإسقاط، ولهذا لو سرق مال أبيه لم يقطع، ولو زنا بجارية أبيه حد.

ومن أصحابنا من قال: وهو اختيار ابن سريج لا يقطع ولا يحد حتى يحضر الغائب قولا واحدا وما ذكره في حد الزنا خطأ من الناقل، وقيل: المنصوص أنه لا يقطع وخالفه أبو إسحاق وهو غلط. وقال ابن أبي هريرة: يقطع ويحد قولا واحدا في الإقرار والطرق الثلاثة من الشهادة بها. وهو اختيار صاحب «الحاوي» وهذا لقوة الشبهة في الشهادة وضعفها في الإقرار، وإن إقراره على نفسه أقوى من شهادة غيره عليه). وانظر «بحر المذهب للروياني» ١٣/ ٩٤.

(٢) في (ب) : (أكبر)، والمثبت موافق لما في «الحاوي الكبير».

ولو سَرَقَ مالَ ابنِه؛ لم يَجِبْ عليه القطعُ[١]، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٧٥٦): مَسْألَة

[في قتل الأبِ ابنَه في المحاربةِ]

إذا قَتَل ذَا رَحِم مُحَرَّمٍ في المُحاربةِ، كالأَبِ يَقْتُلُ ابنَه؛ وَجَب عليه القَوَدُ في أحدِ القولَيْن.

ويُفارِقُ غيرَ المُحارَبةِ؛ لأنَّ القَتْلَ في [المُحارَبةِ][٢] حَقٌّ للهِ تعالى، فلِهَذا لم يُؤَثِّرْ في إسقاطِه الولادةَ[٣]، وليس كذلك غيرُ المُحارَبةِ؛ لأنَّه حَقٌّ للآدميِّ[٤]؛ فلِهذا افْتَرقا.

وهكذا لو سَرَق في غيرِ المُحارَبةِ دون النِّصابِ؛ لم يَجِبْ عليه القَطْعُ، ولو أُخِذَ في المُحارَبةِ دون النِّصابِ؛ وَجَب القَطْعُ على قولِ بعضِ أصحابِنا[٥]، وكان الفرقُ بينهما ما ذكرْناهُ.

***

(٧٥٧): مَسْألَة

[في مشاركةِ الرِّدءِ والطليعةِ لقطّاعِ الطريقِ]

الرِّدْءُ[٦] والطَّلِيعةُ[٧] لا يُشارِكون قُطّاعَ[٨] الطَّريقِ في أحكامِهم[٩]، ويُشاركون الغانِمِين في الغَنِيمةِ[١٠].

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٣٣٦، و«المهذب» ٣/ ٣٦٣.

(٢) ساقط من (ب). (٣) في (خ): (الولاء)، تصحيف.

(٤) انظر: «المهذب» ٣/ ١٧٣، و«نهاية المطلب» ١٧/ ٣٠٨، ٣٠٩، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١١/ ٣٢٦.

(٥) هذا القول محكي عن أبي علي ابن خيران، انظر: «المهذب» ٣/ ٣٦٦.

(٦) الرّدء مهموز: المعين، وأردأته بالألف: أعنته. «المصباح المنير»: ١/ ٢٢٥.

(٧) في (ب): (والطلة والطليعة).

والطليعة: هو من يبعث أمام الجيش، ليطلع طلع العدو، أي: ينظر إليهم. «النظم المستعذب» ٢/ ٢٧٤.

(٨) في (خ): (مطالع)، تصحيف.

(٩) انظر: «الأم»: ٧/ ٣٨٥، ٣٨٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٢.

(١٠) انظر: «الأم»: ٥/ ٣٩٤.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه لمّا كان في الغَنيمةِ حَقٌّ لمن هو في البلدِ جالِسٌ، وهم [من][(١)] أهلِ الخُمُسِ[(٢)]؛ جاز أن يُشارِكَهم الرِّدْءُ والطَّلِيعةُ، [قال][(١)]: وليس كذلك قُطّاعُ الطريقِ[(٣)]، فإنَّه حَدٌّ[(٤)] يَخْتَصُّ بالمُباشِرِ دونَ المُعاوِنِ[(٥)] كحَدِّ الزنا.

***

(٧٥٨): مَسألة

[في زنى المُكرَهِ]

إذا أَكْرَه غيرَه على الزِّنا؛ وَجَبَ الحَدُّ على المُكْرَهِ[(٦)].

ويُفارِقُ المُكْرَه على[(٧)] القَتْلِ حيث قُلنا: لا قَوَدَ [عليه][(٨)] في أحدِ القولَيْن[(٩)]: هو أنَّ الإكراهَ [على الزِّنا][(١)] لا يَسْلِبُ فِعْلَ الزَّانِي؛ لأنَّه لا يكادُ يَتأَتَّى فيه، وليس كذلك الإكراهُ على القتلِ؛ فإنَّه يَسْلِبُ فِعْلَ المُكْرَه بتأَتِّيه فيه؛ فلِهذا افْتَرقا. [خ ١٨٧/ب]

***

(١) ساقط من (خ).

(٢) في قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِن كُنتُمْ آمَنتُم بِاللَّهِ وَمَا أَنزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الأنفال: ٤١].

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٣٦٥.

(٤) في (ب): (حق).

(٥) في (خ): (المعادن)، تصحيف.

(٦) قلت: في المسألة وجهان: ثانيهما: لا يحدّ، كالمرأة المكرهة، قال في «المهذب»: وهو المذهب، وصحّحه الجويني في «النهاية»، والنووي في «الروضة».

انظر: «المهذب» ٣/ ٣٣٧، و«نهاية المطلب» ١٦/ ١١٤، و«روضة الطالبين» ١٠/ ٩٥.

(٧) في (خ): (في).

(٨) ساقط من (ب).

(٩) انظر: «الأم»: ٧/ ١٠٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٣، و«المهذب» ٣/ ١٧٨، و«روضة الطالبين» ٩/ ١٣٥.

[في استئذانِ الأبوين في الجهادِ وطلبِ العِلمِ]

(٧٥٨): مَسْألة

إذا أرادَ الجِهادَ وله أبوانِ، أو أحدُهما؛ لم يكنْ له الخروجُ إلَّا بإذنِهما[١]، ولو أراد السَّفَرَ في طلبِ العلمِ؛ كان له الخروجُ من غيرِ إذنِ أبوَيْه[٢].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الغالِبَ من السَّفرِ في طَلَبِ العِلْم السَّلامةُ ولا يُخْشَى منه التَّلَفُ، فلِهذا كان له فِعْلُه من غيرِ إذنِهما، وليس كذلك الجِهادُ، فإنَّ الغالِبَ منه حصولُ القَتْلِ؛ لأنَّ الغَرَضَ [فيه][٣] طَلَبُ الشهادةِ، فلِهذا لم يَكُنْ له الخروجُ [إليه][٣] حتى يَسْتأذِنَهما؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

[في أخذِ الأجرةِ على الجهادِ والحجِّ]

(٧٥٩): مَسْألة

لا يجوزُ أَخْذُ الأُجْرةِ على الجِهادِ[٤].

ويُفارِق الحَجَّ[٥] وغيرَه[٦]، وذلك أنَّ الجِهادَ قَبْلَ فِعْلِه هو غُيْرُ مُتعَيِّنٍ، [وإنَّما][٧] هو فَرْضٌ على الكفايةِ في تلك الحالةِ، وإنَّما يتعَيَّنُ بحُضور[٨] الصَّفِّ، وإذا كان كذلك؛ فلا يجوزُ [له][٧] أَخْذُ الأُجْرةِ [على ما هو مُتَعَيِّنٌ][٩]، وليس كذلك الحَجُّ، فإنَّه يَتَعيَّنُ قبل فِعْلِه؛ فلِهذا جاز عَقْدُ الإجارةِ عليه؛ فدلّ على ما ذكرْناهُ.

***

---

(١) انظر: «الأم»: ٥/ ٣٧٠، و٣٧٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٦.

(٢) انظر: «نهاية المطلب» ١٢/ ١١٢، ١١٣، و«روضة الطالبين» ١٠/ ٢١١.

(٣) ساقط من (خ).

(٤) انظر: «نهاية المطلب» ١١/ ٤٩٤.

(٥) انظر: «الأم»: ٣/ ٣٠٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٥٨.

(٦) قلت: كاستئجار الإمام من يؤذّن للصلاة، لعدم وجود من يتطوّع بذلك. انظر: «روضة الطالبين» ١/ ٢٠٥، ٢٠٦.

(٧) ساقط من (ب).

(٨) في (خ): (بحصول).

(٩) في (ب): (إلا على ما تعين)، وانظر: «روضة الطالبين» ١٠/ ٢٤٠.

[في المُسلِمِ يكترى أرضًا في دارِ الحربِ، أو يَعتِق عبدًا فلَحِقَ بدارِ الحربِ]

(٧٦٠): مسألة

إذا دَخَلَ المسلمُ دار الحَرْبِ، فاكترى أرضًا مُدّة سنين معلومةٍ، ثم ظَهَرَ المسلمون على دار الحَرْبِ؛ كانت [له الأرضُ المُستأجَرةُ][1] مُدّةَ الإجارةِ، فإذا انقضَتْ كانت للمُسْلِمين، وهكذا لو أَعْتَقَ المُسْلِمُ عبدًا ذِميًّا[2]، فلَحِقَ بدارِ الحربِ، وظَهرَ المسلمون عليها؛ لم يكنْ لهم أن يَستَرِقّوا ذلك العبدَ[3].

ولو أَسْلم حَرْبِيٌّ ودَخَلَ إلينا وبَقِيت زوجتُه على الشِّرْكِ في دارِ الحربِ، وظَهَر المسلمون عليها، وسَبُوا تلك الحَرْبِيّةَ؛ جاز استرقاقُها، وانْفَسَخ النكاحُ على ظاهرِ المذهَبِ.

ويُفارِقُ الإجارةَ؛ لأنَّ الإجارةَ لا تتأَبّدُ؛ لأنَّها تَنقَضِي بانقضاءِ مُدّةِ الإجارةِ، وليس كذلك النّكاحُ؛ لأنَّه يُرادُ للتَّأْبِيدِ، وفي المَنْعِ من استرقاقِها ضَرَرٌ؛ فلِهذا قُلْنا: تُسْتَرقُ ولا تُملَّكُ الأرضُ حتى تَنقَضِيَ مدّةُ الإجارةِ. [خ ١٨٨/ ب]

وأيضًا: فإنَّ عَقْدَ الإجارةِ لا يَمْنَعُ[4] المسلمين من مِلْكِ [رَقَبةِ][5] الأرضِ [فيه][2]؛ لأنَّ عَقْدَ الإجارةِ إنَّما هو على المنفعةِ، لا على الرقبةِ؛ فهو كما لو بِيعَ الشيءُ المُسْتأجَرُ، فإنَّ الإجارةَ لا تَبْطُلُ، كذلك هاهُنا[6].

ويُفارِقُ النكاحُ اسْتِرقاقَ العبدِ؛ لأنَّ في جوازِ اسْتِرقاقِ العبدِ إبطالَ ولاءِ المُسْلمِ، فلِهذا قُلْنا: لا يجوزُ، وليس كذلك النكاحُ[7]، فبان[8] الفرقُ بينهما.

***

---

(١) في (خ): (للمستأجر).

(٢) ليست في (خ).

(٣) انظر: «مختصر المزني»: ٢/ ٣٩٩.

(٤) في (ب): (يمتنع).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٤/ ٢٢١، ٢٢٢.

(٧) انظر: «نهاية المطلب» ١٧/ ٤٦٦.

(٨) في (خ): (فدل على).

(٧٦١): مَسْأَلَة

[في التفرقةِ بين الولدِ وأُمِّه أو أبيه]

لا يجوزُ التّفْرِقةُ بين الأُمِّ وولدِها في السّبايَا، وكذلك [لا يجوزُ التّفْرقةُ][(١)] بينهما في البيع، فلو فَرَّق الرجلُ بين الجاريةِ وولدِها في البيع؛ بَطَل البيعُ[(٢)]، فأمّا التَّفْرقةُ بين الولدِ وأبيه، فيجوزُ على أحدِ الوجهَيْن[(٣)].

[ب ١١٠/ب]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الأُمَّ أَحْنَى على الولدِ من الأَبِ، وفي كَوْنِ الولدِ مع الأُمِّ حَظٌّ له، وليس كذلك الأبُ.

وأيضًا: فإنَّه [لا][(٤)] حَقَّ للأبِ في الحَضانة[(٥)]، وذلك أنَّ سيِّدَه هو المُتَعاهِد له، وإذا كان الأجنبيُّ هو المُتَعاهِدُ له؛ فلا فَرْقَ بين أن يكونَ عبدَ سيِّدِ أَبيه، أو سيِّدٍ آخرَ، فدلّ على الفرقِ بينهما.

***

(٧٦٢): مَسْأَلَة

[في عقد الجزية على الفقيرِ]

يجوزُ عَقْدُ الجِزْيةِ على الفقيرِ في أحدِ القولَيْن[(٦)].

ويُفارِقُ الزّكاةَ؛ لأنَّ الجِزْيةَ تَجْري مَجْرَى الأُجْرةِ؛ لأَنَّها حَقُّ المُساكَنةِ[(٧)]؛ فلِهذا اسْتَوى الغَنِيُّ والفقيرُ فيها، وليس كذلك الزكاةُ، فإنَّه [حَقٌّ][(٨)] يَتعلّق بوجودِ المِلْكِ، والمِلْكُ هاهُنا مَعْدومٌ[(٩)]؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

(١) في (ب): (الفرقة).

(٢) انظر: «الأم»: ٥/ ٦٧٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٨١، «روضة الطالبين» ١٠/ ٢٥٧.

(٣) انظر: «نهاية المطلب» ١٧/ ٥٣٠. (٤) ساقط من (خ).

(٥) لأنه لا تثبت الحضانة لرقيق؛ لأنه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى. «المهذب» ٣/ ١٦٤، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١١/ ٢٧٥.

(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٨٤، و«المهذب» ٣/ ٣١٠، ٣١١.

(٧) في (ب): (المساكين)، تصحيف. (٨) ساقط من (ب).

(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٤/ ٣٠٢.

[في دخولِ أهلِ الذمّةِ الحَرَمَ للتجارةِ بعوضٍ، وفي صلحِ الإمامِ على أن يدفعَ لأهلِ الحربِ]

(٧٦٣): مَسألة

إذا عَقَدَ الإمامُ لقَوْمٍ من أهلِ الذِّمّةِ على دُخولِ الحَرَمِ لتِجارةٍ(١) ونحوِها على أن يُعْطُوه عِوَضَها(٢)؛ لَزِمَه الوَفاءُ بذلك(٣).

ولو صالَحَ قَوْمًا من أهلِ الحَرْبِ [على دَفْعِ شيءٍ إليهم](٤)؛ لم يَجُزْ ذلك(٥).

وكان **الفرقُ بينهما**: هو أنَّه في المَسْألةِ الأُولَى عَقَدَ معهم عَقْدًا في مَعْنى المُعاوَضةِ؛ فلِهذا لَزِم الوفاءُ به، وليس كذلك هاهُنا؛ لأنَّه فَعَل ذلك من غيرِ ضرورةٍ، فلم يَلْزَمْه الوفاءُ به، فدلّ على الفرقِ بينهما.

[خ ١٨٩/أ]

***

[في تصرفِ الأسيرِ في مالِه عندَ تقديمِه لِلقتلِ]

(٧٦٤): مَسألة

إذا أسرَ المُشْركون رجلًا من المُسْلِمين وقَدَّموه(٦) للقَتلِ، فتَصرَّف في هذه الحالةِ في مالِه بعِتْقٍ أو هِبَةٍ [وغيرِ ذلك](٧)؛ كان من الثُّلُثِ(٨).

ولو وَجَبَ على رجلٍ قِصاصٌ فقُدِّم(٩) ليُقْتَصَّ منه، فتصَرَّفَ في هذه الحالةِ في شيءٍ من مالِه؛ كان [له](٧) من رأسِ المالِ على أحدِ القولَيْن(١٠).

---

(١) في (خ): (بتجارة).
(٢) في (خ): (عوضا).
(٣) انظر: «الأم»: ٥/ ٤٢٢، ٤٢٣، و«المهذب» ٣/ ٣١٩، و«منهاج الطالبين» ص: ٣١٢.
(٤) في (خ): (على أن دفع إليهم شيئا).
(٥) انظر «المهذب» ٣/ ٣٢٣.
(٦) في (ب): (فقدموه).
(٧) ساقط من (ب).
(٨) انظر: «الأم»: ٥/ ٦٠٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٨٣.
(٩) في (ب): (وقدم).
(١٠) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٤٦، و«المهذب» ٢/ ٣٤٧.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ من وَجَبَ[1] عليه القِصاصُ؛ فلا يَتحقَّقُ تَلَفُه لجَوازِ أن يَعْفُوَ صاحبُ القِصاصِ عنه، وليس كذلك حُكمُ الأسيرِ في أيدي المشركين؛ لأنَّه لا يُرْجَى منهم العَفْوُ؛ لأنَّه لا رِقَّةَ فيهم على المُسْلمين[2]؛ فلِهذا افترقا.

***

(٧٦٥): مَسألة

[في أكل البازيِّ أو الكلبِ المُعلَّمِ من الصيدِ]

إذا أَكَلَ الكلبُ المُعَلَّمُ من الصَّيدِ، فهل يَحِلُّ أكلُه، أم لا؟ على قولين[3].

وهكذا الحكمُ في البازِيِّ إذا أَكَلَ من الصَّيدِ؛ ففيه قولان.

قال بعضُ أصحابِنا[4]: أصحُّ القولَيْن في البازِيِّ أنَّه يُؤكَلُ، وأصحُّ القولَيْن في الكلبِ: أنَّه لا يُؤْكَلُ.

قال: **والفرقُ بينهما**: هو[5] أنَّ الكلبَ يُعلَّمُ[6] بتَرْكِ[7] الأكل، فإذا أساء[8] إنَّه[9] لَمْ يُحْكِمْ شرائطَ[10] التعليمِ، وليس كذلك البازِيُّ، فإنَّه يُعَلَّمُ بالأكلِ لا بتَرْكِه[11]؛ فلِهذا افْترقا.

---

(١) في (خ): (وجوب).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ٣٢٤، و ١٤/ ٢٧٣، ٢٧٤.

(٣) انظر: «الأم»: ٣/ ٥٩٢، و«المهذب» ١/ ٤٦١.

(٤) لعله يعني المزني رَحِمَهُ اللَّهُ، فقد قال في «المختصر»: ليس البازي كالكلب؛ لأن البازي وصفه إنما يعلم بالطعم، وبه يأخذ الصيد، والكلب يؤدب على ترك الطعم والكلب يضرب أدبا، ولا يمكن ذلك في الطير فهما مختلفان، فيؤكل ما قتل البازي، وإن أكل، ولا يؤكل ما قتل الكلب إذا أكل.

(٥) ليست في: (ب).

(٦) في (خ): (تعلم)

(٧) في (خ): (فترك).

(٨) في (خ): (أكل شيئا)

(٩) الأشهر اقتران الجواب بالفاء ولا تقترن على قلة.

(١٠) في (ب): (فشرائط)

(١١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٨٩، و«الحاوي الكبير»: ١٥/ ٨.

فإن قال قائلٌ: إذا شَهِد شاهدان عند الحاكمِ ظاهرُهما العدالةُ، ثم بانَ أنَّهما كانَا فاسقَيْن؛ لم يَجُزِ [الحُكْمُ][1] بشهادتِهما[2]، فهَلَّا قُلْتم في الصَّيدِ إذا أَكَل الكَلْبُ منه: أنَّه لا يَحلُّ أكلُه قولًا واحدًا. [خ ١٨٩/ب]

و[ما][1] الفرقُ بينهما على أحدِ القولَيْن[3]؟

قُلنا: أولًا: إذا عُلِّم الكلبُ، وتكرّر ذلك منه، فهل يُحْكَمُ أنَّه قد تعَلَّم قَطْعًا ويَقِينًا أو غالِبَ ظَنٍّ، [على وجْهين][4].

فإذا ثَبَتَ هذا؛ كان الفرقُ بينه وبين الشُّهودِ: هو أنَّ الحُكمَ بالشَّهادةِ ثَبَتَ من حيث الظَّاهِرُ؛ فلِهذا إذا ظَهرَ الفِسْقُ أَثّر فيه، وليس كذلك الكَلْبُ؛ لأنّا قد حَكَمْنا بذلك قَطْعًا [ويَقِينًا][4]، فإذا أَكَلَ من الصَّيْدِ؛ لم يُقْدحْ في ذلك اليقينِ؛ لأنَّه نادِرٌ. [ب ١١٤/أ]

ويُحْتَملُ أيضًا: أن يكونَ ذلك لفَرَطِ جُوعٍ[5]، وإذا كان كذلك لِهذا[6] افترَقا.

***

(٧٦٦): مَسْألَة

[في السهمِ أو الكلبِ يَعدِلُ فيصيبُ صيدًا آخرَ]

إذا أَرْسَلَ سَهْمَه إلى جهةٍ، فعَدَلَ إلى جهةٍ أُخرى، وأصابَ صيدًا [آخرَ][4] حلَّ أكلُه، ولو كان مِثْلَ هذا في الكلبِ؛ لم يَحِلَّ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الكلبَ له قَصْدٌ واختيارٌ، فإذا [عَدَا في][7] جِهَةٍ أُخْرَى، صار بمَنْزِلةِ ما لو اسْتَرسل بنفسِه؛ فلِهذا لم يَحِلَّ، وليس كذلك في السَّهْمِ[8]؛ فلِهَذا افْتَرقا.

***

(١) ساقط من (ب).

(٢) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٦٨.

(٣) في (خ): (الوجهين).

(٤) ساقط من (خ).

(٥) انظر: «نهاية المطلب» ١٨/ ١١٢.

(٦) في (ب): (بهذا).

(٧) في (خ): (عدل إلى).

(٨) انظر: «المهذب» ١/ ٤٦٣.

(٧٦٧): مَسْأَلَة

[فيمن رمى طائرًا فوقع على الأرضِ، أو تردّى من على جبَلٍ]

إذا رَمَى طائرًا فوَقَعَ على[1] الأرضِ، ومات قبل أن يُدرِكَه؛ حَلَّ أكلُه، ولو رماهُ[2] فوَقَعَ على رأسِ جَبَلٍ، ثم تَرَدَّى منه أو وَقَعَ في بئرٍ، ومات؛ لم يَحِلَّ أكلُه[3].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ وُقوعَه على الأرضِ مما لا يُمكِنُ الاحترازُ منه؛ فلِهذا حَلَّ، قال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ولأنَّ الأرضَ مَأْوَى الصَّيدِ؛ لأنَّه يَنام عليها فلِهذا فارَقَ المُتَرَدِّي من الجبلِ؛ لأنَّ ذلك قد صار في معنى المُتَرَدِّيَةِ؛ فلِهذا لم يَحِلَّ أكلُه.

***

(٧٦٨): مَسْأَلَة

[في صيدِ المجوسيِّ السمكَ، وفي إرسالِه كلبَه على صيدٍ]

إذا أَمْسَكَ المجوسيُّ سَمَكةً واصْطادها؛ حَلَّ أكلُها[4]، ولو أَرْسَلَ كلبَه على صَيْدٍ، فصادَه؛ لم يَحِلَّ أكلُه[5].

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا أَمْسَكَ السَّمكةَ؛ لم يُؤَثِّر ذلك في إباحتِها؛ [لأنَّه لم][6] تَفتَقِرْ إلى إحداثِ فِعْلٍ فيها[7]، وليس كذلك إذا صاد صيدًا؛ لأنَّ ذلك مُستَنِدٌ إلى فِعْلِه، وهو [لو][8] باشَر قَتْلَ الصَّيْدِ [وذَبْحَه]؛ لم يَحِلَّ أكلُه[9]؛ وكذلك[10] إذا صادَه بكلبِه؛ فلِهذا افترقا.

[خ: ١٨٩/ب]

***

(١) في (خ): (في).
(٢) في (ب): (رمى).
(٣) انظر: «الأم»: ٣/ ٦١٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٩٠.
(٤) انظر: «الأم»: ٣/ ٥٩٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٩٠
(٥) انظر: «الأم»: ٣/ ٦٠٧.
(٦) في (خ): (لأنها لا).
(٧) في (خ): (منها).
(٨) ساقط من (خ).
(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٦٤.
(١٠) في (خ): (فلذلك).

[في وجوبِ الأضحيةِ وزكاةِ الفطرِ]

مَسْألة (٧٦٩):

الأُضحيةُ ليست بواجبةٍ، وإنَّما هي سنةٌ مؤكّدةٌ[١].

ويُفارِق زكاةَ الفِطْرِ[٢]؛ فإنَّها[٣] تَجِبُ طُهْرةً للبدنِ؛ فلِهذا كانت واجبةً، وليس كذلك الأُضْحِيةُ فإنَّما هي إراقةُ دمٍ لا تَعلُّقَ له ببَدنِ الإنسانِ [فشَابَه][٤] العَقِيقةَ.

وأيضًا: فإنَّ الأُضْحيةَ [لمَّا][٥] سقطَتْ [بخُروجِ وقتِها][٦]، ولم تكنْ واجبةً على المسافرِ؛ [لِهذا][٧] كانت مَسْنونةً[٨]، وزكاةُ الفِطْرِ لمّا لَم تَسْقطْ بخُروجِ وقتِها[٩]؛ وكانت[١٠] واجِبةً على المُسافرِ؛ لهذا كانت فَرْضًا[١١].

***

[في تعينِ الأُضحيةِ في شاةٍ معيبةٍ، وسليمةٍ ثم يحدثُ بها عيبٌ]

مَسْألة (٧٧٠):

إذا أَوْجَبَ على نفسِه أُضْحيةً، ثم عَيَّنَها في شاةٍ مَعِيبةٍ؛ لم يُجْزِه[١٢]

---

(١) انظر: «الأم»: ٣/ ٥٨٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٩١.

(٢) انظر: «الأم»: ٣/ ١٦٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٥٠.

(٣) في (خ): (لأن زكاة الفطر).

(٤) في (خ): (فيه أثر).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (خ): (بجروح رقبها).

(٧) ساقط من (خ).

(٨) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٧٢.

(٩) انظر: «المهذب» ١/ ٣٠٣.

(١٠) في (ب): (كانت).

(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٧٣.

(١٢) في (ب): (يجز).

ذلك عن نَذْرِه، ولو قال: للهِ عليه أن يُضَحِّيَ بهذه الشاةِ وهي سليمةٌ، ثم حَدَثَ بها عيبٌ؛ لم [يَمْنَعِ الإجزاءَ][1].

والفرقُ: هو أنَّ العَيْبَ هاهُنا حَدث بعدَ الإيجابِ؛ فلِهذا لم يُؤَثِّرْ، وليس كذلك في المسألةِ قبلها، وأنَّ العَيْبَ كان موجودًا حالَ الإيجابِ؛ فلِهذا لم يُجْزِه[2].

***

(٧٧١): مَسْألة

[فيمن نذر أضحيةً فجاء آخرُ فذبحها]

إذا أَوْجَبَ على نفسِه أُضحيةً، فجاء أجنبيٌّ فتعَدَّى فذَبَحها؛ كان عليه ضمانُ ما بين قيمتِها حَيّةً ومذبوحةً[3].

فإن قيل: أليس لو كانت له ثَمرةٌ تَجِبُ فيها الزَّكاةُ، فجاء رَجلٌ فقطعَها بعد ما بَدَا فيها الصَّلاحُ، ووجبَتِ الزَّكاةُ؛ لم يكنْ عليه ضَمانٌ، فما الفَرْق بينهما؟ [ب ١١١/ب]

قُلنا: الفرقُ بينهما ظاهِرٌ: وهو أنَّه قد فَوّت عليه أمرًا مقصودًا في الأضْحيةِ وهو إراقةُ الدّمِ؛ فلِهذا كان عليه الضَّمانُ، وليس كذلك في الزّكاةِ، فإنَّه لم يُفَوّتْ أمرًا مقصودًا؛ فلِهذا افْترقا. [خ ١٩٠/أ]

فإن قيل: أليس لو قَتل المُرتَدَّ؛ لم يَجِبْ عليه الضَّمانُ؛ [قُلْنا][4]: لأنَّه قد استحقَّ إراقةَ دمِه، فهو[5] كالأُضْحيةِ، فما الفرقُ بينهما؟

---

(١) في (ب): (يمتنع الآخر).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ١٠٩، و«المهذب» ١/ ٤٣١.

(٣) انظر: «الأم»: ٣/ ٥٨٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ٥٨٩، و«المهذب» ١/ ٤٣١.

(٤) ساقط من (خ).

(٥) في (ب): (فلا قلتم هو).

قُلنا: الفرقُ بينهما: هو أنَّه لم يتعلَّقْ بقَتْلِ المُرتَدِّ قُرْبةٌ مقصودةٌ؛ فلِهذا لم يَضْمَنْه، **ألا تَرَى**: أنَّه لو حَرَقَه بالنارِ؛ لَم يَجِبْ عليه الضّمانُ، وليس كذلك الأُضْحيةُ، فإنَّه قد تَعلّق بها أَمْرانِ مَقْصودانِ كلُّ واحدٍ منهما قُرْبةٌ، وهما[١] إراقةُ الدَّمِ، وتَفْرقةُ اللَّحْمِ؛ فلِهذا كان عليه الضَّمانُ، كما لو حَرَقَها[٢].

فإن قيل: لو ذَبَحها صاحبُها وجاء الغَيْرُ فتَعدّى، وفرّق لحمَها، فما[٣] تقولُ فيه؟

قُلْتُ: يُحتمَلُ أن لا يكونُ عليه الضَّمانُ.

ويُفارِقُ الذَّبْحَ؛ لأنَّ الذَّبْحَ إتْلافٌ مقصودٌ؛ فلِهذا ضَمِنَ بالذَّبحِ ولم يَضْمَنِ اللَّحمَ بالتّفْرقةِ؛ لأنَّه لم يُفَوّتْ على صاحبِها[٤] أمرًا مقصودًا؛ فلِهذا افترَقا.

***

(٧٧٢): مَسْألة

[في موتِ أحدِ فرسَي المسابقةِ]

إذا تَسابَقَا على فَرَسَيْن، فماتَتْ إحداهما؛ لم يَكُنْ له إبدالُها بغيرِها، وبَطَلَت المُسابقةُ[٥]، ولو تَناضَلَا[٦] بالسِّهامِ فانكسرَتْ قَوْسُ أحدِهما؛ كان له إبدالُها بغيرِها[٧].

---

(١) في (ب): (وهو).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ١١٣.
(٣) في (خ): (ما).
(٤) في (خ): (صاحبه).
(٥) انظر: «المهذب» ٢/ ٢٨٢، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ٨٢.
(٦) ناضلته مناضلة ونضالا: راميته فنضلته نضلا: غلبته في الرّمي، وتناضل القوم تراموا للسّبق. «المصباح المنير»: ٢/ ٦١٠.
(٧) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٩٥.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الفَرَسَ[1] مقصودةٌ في السِّباقِ، فلهذا قُلنا: إنَّها إذا ماتَتْ[2]؛ لم يكنْ له إبدالُها بغيرِها، وليس كذلك القِسِيّ، فإنَّها غيرُ مقصودةٍ، وإنَّما المقصودُ في المُسابقة[3] جَوْدةُ الحَذْقِ بالرَّمْيِ ومعرفتُه؛ فلِهذا افترقا.

***

[فيما إذا قال: إن فَعَل كذا وكذا؛ فهو يهوديٌّ أو نصرانيٌّ]

(٧٧٣): مَسْأَلة

إذا قال: إن فَعَل كذا وكذا؛ فهو يَهُودِيٌّ أو نصرانِيٌّ؛ لم يكنْ [ذلك يمينًا][4] ولا كفَّارةَ عليه[5]، لأنَّ اليَمِينَ ما كان باسمٍ[6] مُعظَّمٍ له حُرْمةٌ وأُقْرِن به [حَرْفُ][7] القَسَمِ، والكفارةُ إنَّما تَجِبُ بهَتْكِ [حُرْمةِ الاسمِ][8] المُعظَّمِ[9].

وفارَقَ [هذا][10] قولَه: أنت عليَّ حرامٌ، حيث قُلْنا: تَجِبُ فيه الكفارةُ[11]، لأنَّ الشَّرْعَ جَعَل حُكْمَ الحرامِ حُكْمَ اليمينِ في قولِه سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ إلى أن قال: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾[12]، وإذا كان كذلك؛ بان الفرقُ بينهما. [خ ١٩١/ ب]

***

(١) في (خ): (القوس)، تصحيف.
(٢) في (خ): (نفقت).
(٣) في (ب): (المناضلة)،وبعدها في (ب) السهام .
(٤) في (ب): (له شيء).
(٥) انظر : «المهذب» ٣/ ٩٥، ومنهاج الطالبين : ١/ ٣٢٦.
(٦) في (ب): (اسم).
(٧) ساقط من (خ).
(٨) في (خ): (حرمته للاسم).
(٩) انظر : «الحاوي الكبير» : ١٥/ ٢٧٢.
(١٠) ساقط من (ب).
(١١) في (ب): (كفارة).
(١٢) انظر : «الأم» : ٨/ ٣٧٣، و«مختصر المزني» : ٨/ ٢٩٧.

(٧٧٤): مَسْأَلَةٌ

ويُكْرَهُ أن يَحْلفَ بغيرِ اللهِ تعالى على جميعِ الأحوالِ؛ مِثْلَ أن يَحْلِفَ بالنَّبِيِّ والكَعْبةِ ورأسِ أبيه وغيرِ ذلك[1]؛ لقولِه ﷺ: «**مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ، أَوْ لِيَسْكُتْ**»[2]، وفي حديثٍ آخرَ: «**لَا تَحْلِفُوا بِالطَّوَاغِيتِ، وَلَا بِآبَائِكُمْ**»[3].

فإن قيل: أليس قد أَقْسَمَ الرَّبُّ سبحانَه بمخلوقاتِه[4]، فقال: ﴿وَٱلشَّمْسِ وَضُحَىٰهَا﴾ [الشمس: ١]، ﴿وَٱلَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ﴾ [الليل: ١]، ﴿وَٱلذَّٰرِيَٰتِ﴾ [الذاريات: ١]، ونحوِ ذلك؟

قُلْنا: لا يَصِحُّ تَشْبيهُ ذلك بما ذكَرْناهُ؛ لأنَّ الرَّبَّ سبحانَه وتعالى هو مالكُ الأشياءِ [لا مالِكَ فَوْقَه][5]، [وخالقُ الخلائقِ][6]، فلِهذا جاز أن يُقْسِمَ بها. [ب: ١١٢/أ]

وقد قيل: إنَّ المَعْنَى في ذلك: ورَبِّ الشمسِ وخَالِقِ اللَّيْلِ، وإذا كان كذلك[7]؛ بانَ الفرقُ بينهما.

***

---

(١) انظر: «الأم»: ٨/ ١٤٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٩٧، والمهذب ٣/ ٩٥.

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري: في كتاب الشهادات، باب كيف يستحلف، برقم (٢٦٧٩)، ومسلم: في كتاب الأيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى، برقم (١٦٤٦)، بلفظ: «أو ليصمت»، وأخرجه -بهذا اللفظ- أبو داود: في كتاب الأيمان و النذور، باب في كراهية الحلف بالآباء، برقم (٣٢٤٩)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة: ٣/ ٤١٦، برقم (١٢٤٠٩)، من حديث عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه.

(٤) في (خ): (بالمخلوقات).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (خ): (والخالق لها).

(٧) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ١٠١.

[أَقْسَمْتُ باللهِ لأَفْعَلَنّ كذا وكذا]

(٧٧٥): مسألة

إذا قال: أَقْسَمْتُ باللهِ لأَفْعلَنَّ كذا وكذا، فهل ذلك يمينٌ، أم لا؟

نَنْظُرُ(١) فيه، فإن نَوَى وأَطْلق(٢) فهو يَمِينٌ، وإن قال: لَمْ أُرِدْ بها يمينًا.

قال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ في الإِيلاءِ(٣): لم يُقبَلْ منه في الحُكْمِ، وظاهِرُ كلامِه في اليمينِ أنَّه يُقْبلُ منه(٤).

واخْتَلف أصحابُنا في ذلك على طُرقٍ، إلَّا أنَّ أحدَها(٥): إن كان [قال ذلك في الإيلاءِ](٦) صار مُولِيًا، وإن كان في غيرِ الإيلاءِ؛ لم يكنْ يَمِينًا.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الإيلاءَ أُقْرِنَ به حقُّ الآدميِّ: وهو الامتناعُ من قُربانِ امرأتهِ؛ فلِهذا جعلْناهُ يمينًا [فيه](٧)، وغيرُ الإيلاءِ بخِلافِه.

***

(١) في (خ): (نظرت).

(٢) في (خ): (لو أطلق).

(٣) في (ب): (الإملاء)، كذا في مطبوع «مختصر المزني».

قلنا: والمثبت موافق لما في «المختصر» مخطوط، وقد راجعت في ذلك نسختين من الأزهر أولهما: [برقم (٥٧٠٤)، لوحة: ١٩١/ أ]، ثانيهما: [برقم (٤٢٣٦١)، لوحة: ٢٦٦/ أ].

وقال في كتاب (الإيلاء) من «الأم» في (باب اليمين التي يكون بها الرجل موليا): (إن قال: أقسمت بالله أو آليت بالله أو حلفت بالله لا أقربك، سئل فإن قال: عنيت بهذا إيقاع اليمين كان موليا، وإن قال: عنيت أني آليت منها مرة، فإن عرف ذلك باعتراف منها أو ببينة تقوم عليه أنه حلف مرة؛ فهو كما قال، وليس بمول وهو خارج من حكم ذلك الإيلاء. وإن لم تقم بينة ولم تعرف المرأة؛ فهو مول في الحكم، وليس بمول فيما بينه وبين الله عز وجل).

وقال في «الحاوي»: (والمنصوص عليه في الإيلاء: أنها تكون يمينا).

(٤) انظر: «الأم»: ٦/ ٦٧٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٩٧، و«الحاوي الكبير»: ١٥/ ٢٧٣.

(٥) في (خ): (أحدهما).

(٦) في (ب): (في ذلك من الإيلاء).

(٧) ساقط من (خ).

(٧٧٦): **مسألة**

[في يمينِ الغموسِ]

يَمينُ الغَموسِ تَجِبُ فيها الكفارةُ عندنا[١].

سُؤَالٌ فيها للعراقيِّ[٢]:

وهو إن قال: كلُّ معنًى إذا طَرَأ بَعْد العَقْدِ أَبْطَلَه، فإذا قارَنَه مُنِعَ من انعقادِه، كالرَّضاعِ في النكاحِ. [خ ١٩١/أ]

قال: وإذا ثَبَت بهذا أنَّها يَمينٌ غيرُ مُنْعقِدةٍ؛ لم يَجِبْ فيها الكفارةُ.

قُلْنا: هذا غَيْرُ صحيحٍ[٣].

والفَرْقُ بين هذا وبين ما ذَكْرتَه: هو أنَّ الكفّارةَ [تَجِبُ بهَتْكِ حُرْمةِ][٤] اسمٍ مُعظَّمٍ في يَمينٍ مقصودةٍ، وهذا المَعْنى يُوجَدُ في يمينِ الغَمُوسِ، كما وُجِد في غيرِها، وليس كذلك الرَّضاعُ[٥]، فإنَّه [لَم][٦] يتعلَّقْ به هَتْكُ حُرْمةٍ؛ فلِهذا لم يَصِحَّ اعتبارُ أحدِهما بالآخرِ.

ثم نَقولُ: الغَرضُ بالرَّضاعِ [يُحَرِّمُ عَقْدَ][٧] النِّكاحِ، وهذا[٨] المَعْنى يَسْتَوِي فيه[٩] حالُ الابتداءِ والاسْتِدامةِ، كما أنَّ الغَرضَ بإيجابِ الكَفّارةِ هَتْكُ حُرْمةِ الاسمِ [المُعظَّمِ][١٠]، وهذا المَعْنى يَستوي فيه أيضًا الابتداءُ والانتهاءُ[١١]، فسَقَطَ ما ذكروه.

***

---

(١) انظر: «الأم»: ٨/ ١٥٥، و«الحاوي الكبير»: ١٥/ ٢٦٧، و«المهذب» ٣/ ٩٤، ٩٥، «روضة الطالبين» ١١/ ٣.

(٢) في (خ): (العراقي).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٢٦٧.

(٤) في (خ): (تهتك).

(٥) في (ب): (في الرضاع).

(٦) ساقط من (ب).

(٧) في (خ): (تحريم).

(٨) في (خ): (ولهذا).

(٩) في (ب): (في).

(١٠) ساقط من (خ).

(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٢٦٩.

[تاللهِ لأفعلَنّ كذا وكذا]

(٧٧٧): مسألة

إذا قال: تاللهِ لأَفْعلَنَّ كذا وكذا، فذَكَرَ فيه أنَّه يَمِينٌ في الإيلاءِ، وليس بيمينٍ [في][١] القَسامة[٢].

وهذا يُنْظرُ فيه، فإن نَوَى به اليمينَ؛ كان يَمِينًا، [وإن لم يُرِدِ اليمينَ؛ لم يَكُنْ يمينًا، وإن أَطْلَق؛ فمن أصحابِنا[٣] مَن قال: يكونُ يَمِينًا في الإيلاءِ، ولا يكون يَمِينًا][١] في القَسامةِ.

قال: **والفرقُ بينهما على هذه الطّرِيقةِ**: أنَّ الإيلاءَ حَقٌّ للآدميِّ، [فهي][١] تُدِينُه[٤]، فدَلَّ[٥] على أنَّ المرادَ باللّفْظِ اليمينُ؛ فلِهذا كان يَمِينًا

(١) ساقط من (ب).

(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٩٨، و«الحاوي الكبير»: ١٥/ ٢٧٦.

(٣) قال النووي :(وأمّا إذا قال: تاللّه لأفعلنّ بالمثنّاة فوق، فالمنصوص هنا وفي الإيلاء أنّه يمين، وعن نصّه في القسامة أنّه ليس بيمين، وللأصحاب فيه طرق، أحدها: العمل بظاهر النّصّ. والثّاني: فيهما قولان، والثّالث وهو المذهب وبه قال ابن سلمة وأبو إسحاق وابن الوكيل: القطع بأنّه يمين.

قالوا: ورواية النّصّ في القسامة مصحّفة إنما هي بالياء المثنّاة تحت، لأنّ الشّافعيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ علّل، فقال: لأنّه دعاء وهذا إنّما يليق بالمثنّاة تحت. ثمّ قيل: أراد إذا قال يا اللّه على النّداء أو قيل أراد يا للّه بفتح اللّام على الاستغاثة، وهذا أشبه وأقرب إلى التّصحيف، وقيل: ليست مصحّفه، بل هي محمولة على ما إذا قال له القاضي: قل: باللّه، فقال: تاللّه، فلا يحسب ذلك، لأنّ اليمين يكون على وفق التّحليف، وكذا لو قال: قل: باللّه فقال: بالرّحمن، لا تحسب يمينه. وعكسه لو قال: قل: تاللّه بالمثنّاة فوق، فقال: باللّه الموحّدة، قال القفّال: يكون يمينا، لأنّه أبلغ وأكثر استعمالًا، ولو قال: قل: باللّه، فقال: واللّه، قال الإمام: فيه تردّد، لأنّ الباء والواو لا تكادان تتفاوتان، ولا يمتنع، المنع للمخالفة. وهذا المعنى يجيء في مسألة القفّال، وهذا الخلاف إذا قال: تاللّه ولم يقصد اليمين ولا غيرها، فإن نوى غير اليمين، فليس بيمين بلا خلاف، صرّح به العراقيّون والرّويانيّ وغيرهم.

قلت: قال الدّارميّ: لو قال يا اللّه بالمثنّاة تحت، أو فاللّه بالفاء، أو آاللّه بالاستفهام ونوى اليمين، فيمين، وإلّا فلا. - واللّه أعلم).انظر روضة الطالبين ١١/ ٨و٩

(٤) في (خ): (قريبة).

(٥) في (ب) : (دل).

فيه، والقَسامةُ بخِلافِه، لأنَّها تثبِتُ القَوَدَ أو[١] الدِّيَةَ، فلِهذا غُلِّظَ فيه، فلم تَكُنْ يَمِينًا[٢]، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٧٧٨): **مَسألة**

[في التكفيرِ بعد اليمينِ وقبل الحنثِ]

إذا أرادَ أن يُكَفِّرَ بعد اليمينِ، وقبل الحِنْثِ، فهل يجوزُ ذلك، أم لا؟

يُنْظَرُ فيه، فإن أرادَ أن يُكَفِّرَ بالمالِ؛ جازَ، وإن أرادَ [أن يُكفِّرَ][٣] بالصَّوْمِ؛ لم يَجُزْ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الصَّوْمَ عبادةٌ على[٤] البَدَنِ، وعباداتُ البدنِ لا يجوزُ تَقْديمُها على وَقْتِها، كالصَّلاةِ وغيرِها، وليس كذلك التَّكْفيرُ بالمالِ فإنَّه حَقٌّ ماليٌّ[٥]، فجاز تقديمُه قبل [وَقْتِ][٦] وجوبِه، كقضاءِ الدَّيْنِ والزَّكاةِ[٧] على أصلِنا[٨]، هذا كُلُّه إذا لم يكنْ فيه اسْتِباحةُ محظورٍ.

[خ ١٩١]

(١) في (ب): (و).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٢٧٧.
(٣) ساقط من (ب).
(٤) في (ب): (عن).
(٥) في (خ): (مال).
(٦) ساقط من (خ).
(٧) في (خ): (وكالزكاة).
(٨) انظر: «الأم»: ٨/ ١٥٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٩٨.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم»: (وذلك أنّا نزعم: أن لله تبارك وتعالى حقّا على العباد في أنفسهم وأموالهم.

فالحقّ الذي في أموالهم إذا قدّموه قبل محلّه؛ أجزأهم، وأصل ذلك: أن النبي ﷺ تسلّف من العباس صدقة عام قبل أن يدخل، وأن المسلمين قد قدموا صدقة الفطر قبل أن يكون الفطر، فجعلنا الحقوق التي في الأموال قياسا على هذا.

فأما الأعمال التي على الأبدان؛ فلا تجزئ إلا بعد مواقيتها، كالصلاة التي لا تجزئ إلا بعد الوقت والصوم لا يجزئ إلا في الوقت أو قضاء بعد الوقت الحج الذي لا يجزئ العبد ولا الصغير من حجة الإسلام؛ لأنهما حجّا قبل أن يجب عليهما).

وأمّا إذا كان فيه اسْتِباحةُ مَحْظورٍ، مِثْلُ أن يَحْلِفَ [لا شَرِبَ][١] الخَمْرَ أو[٢] ما في معناه، فهل يجوزُ التكفيرُ قبل الحِنْثِ، [أم لا][٣]؟ فيه وجهان.

[ب ١١٥/ ب]

أحدُهما: لا يجوزُ[٤]؛ لأنَّ اليمينَ عُقِدَت على المَنْعِ بمُواقَعةِ[٥] المُحرَّمِ، فإذا أراد دَفْعَ[٦] ذلك؛ ففيه استباحةُ مَحْظورٍ؛ فلِهذا غُلِّظ عليه بأن لا يجوزُ التكفيرُ قبل ذلك، بخِلافِ مسألتِنا[٧].

***

(٧٧٩): **مَسْألة**

[في كفارةِ الكافرِ إذا حَنِث]

إذا حَلَفَ الكافِرُ وحَنِثَ؛ لَزِمَتْه الكفارةُ بالمالِ، ولا يجوزُ له التكفيرُ بالصَّوْمِ.

والفرقُ [بينهما][٣]: هو أنَّ الصَّوْمَ عبادةٌ مَحْضةٌ تَجِبُ على البدنِ، فلم تَصِحَّ من الكافرِ، كالصلاةِ، وليس كذلك العِتْقُ والإِطْعامُ؛ لأنَّ ذلك حَقٌّ يَتعلَّقُ بالمالِ، وذلك يَصِحُّ من الكافرِ، كالمُسْلِمِ[٨].

***

(٧٨٠): **مَسْألة**

[في شرطيةِ التتابعِ في صومِ الكفاراتِ]

لا يُشترَطُ التّتابُعُ في صومِ كفارةِ اليمينِ على أحدِ القولَيْن[٩].

---

(١) في (ب): (لأشربن).
(٢) في (خ): (و).
(٣) ساقط من (خ).
(٤) انظر: «نهاية المطلب» ١٨/ ٣٠٨.
(٥) في (ب): (مواقعة).
(٦) في (ب): (وقع).
(٧) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ١٠٩، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٥٨٨.
(٨) في (خ): (كالمسألة) تصحيف. انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٢٦٩، ٢٧٠.
(٩) انظر: «الأم»: ٣/ ٢٦٢، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٠١.

ويُفارِقُ صومَ كفارةِ الظِّهارِ وكفارةَ [القتلِ و](١) الجماعِ: هو أنَّ [صَوْمَ](١) كفارةِ اليمينِ [يَتعلّقُ](١) بسَببٍ مُباحٍ؛ فلِهذا لم يُشْتَرطْ فيه التّتابُعُ(٢)، وليس كذلك في تلك المواضعِ، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَتعلّقُ بسَببٍ مَحْظورٍ؛ فلِهذا اشْتُرِط فيه التّتابُعُ(٣).

***

[في قولِه: واللهِ لا تَطَهَّرت، أو واللهِ لا تَزَوَّجْت]

(٧٨١): مَسألة

إذا قال: واللهِ لا(٤) تَطَهَّرْتُ وهو مُتطهِّرٌ؛ حُمِل ذلك على الابتداءِ، وهكذا لو قال: واللهِ لا تَزَوّجت، وهو مُتزوّجٌ؛ حُمِل على الابتداءِ.

ولو قال: واللهِ لا لَبِسْتُ ثوبًا، وهو لابِسُه؛ لَزِمه قَلْعُه(٥) في الحالِ.

وهكذا لو قال: واللهِ لا رَكِبْتُ دابةً، وهو راكبُها؛ لَزِمَه النُّزولُ(٦) في الحالِ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ النكاحَ والطّهارةَ(٧) لا يَدْخلُها(٨) التّأْقِيتُ، **ألا تَرى** أنّه لا يُقال: تَزَوّجْتُ شَهْرًا، ولا تَطَهّرتُ شهرًا؛ فلِهذا حُمِل على [خ ١٩٢/أ] الابتداءِ دون الاسْتِدامةِ، وليس كذلك في الثّوْبِ والرُّكوبِ، فإنَّه يَصِحُّ أن يُقال: لَبِستُ الثّوبَ شَهْرًا، ورَكِبتُ الدّابةَ شهرًا؛ فلِهذا استوَى فيه الابتداءُ، والاستِدامةُ(٩).

يَدُلّ على [ذلك](١): [أنّه](١٠) لو أَحْرَم بالحَجِّ وهو مَتزوّجٌ؛ لم يَبْطُلِ النكاحُ، ولو أَحْرَم وهو لابِسُ الثّوبِ؛ لَزِمه نَزْعُه.

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (ب): (تتابع).
(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٣٣٠.
(٤) في (ب): (ما).
(٥) في (ب): (فعله).
(٦) في (ب): (النزوج) كذا، تصحيف.
(٧) في (خ): (والظهار)، تصحيف.
(٨) في (خ): (يدخله).
(٩) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٠/ ٥٢١.
(١٠) ساقط من (خ).

فأمّـا إذا قـال: واللهِ لا تَطيّبْـت وهـو مُتطَيِّـبٌ، أو واللهِ لا دَخَلْـت هـذا البلدَ[1] وهـو [فيه، فهل يُحمَلُ][2] في هذَيْن الموضعَيْن على الابتداءِ دون الاستِدامةِ، أو عليهما جميعًا؟ فيه قـولان[3]، لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما قـد أَحْدَثَ [شَبَهًا بما][4] تقدَّم من المَسائِل[5]؛ فلِهذا كانت على قولَيْن.

قال الشيخُ أبو حامدٍ: **والمَذْهبُ** في الطِّيبِ: أنَّه لا يَحْنَثُ[6] باستدامتِه.

***

(٧٨٢): مَسألة

[واللهِ لا دَخَلْتُ دارَ زيدٍ، فباع زيدٌ الدارَ، ودَخَلَها]

إذا قال: واللهِ لا دَخَلْتُ دارَ زَيْدٍ، فباع زَيْدٌ الدَّارَ، ودَخلَها؛ لم يَحْنَثْ، ولو قال: واللهِ لا دَخَلْتُ دارَ زَيْدٍ هذه، فدَخلَها بَعْد ما باعَها زَيْدٌ؛ حَنِث[7].

والفرقُ بينهما: وهو أنَّ قولَه: دارُ زيدٍ هذه- قد اجْتَمَع فيه[8] الإضافةُ والتّعْيينُ، فبَطَل حُكمُ الإضافةِ وبَقِيَ التّعْيين، [فصار][9] كما لو قال: واللهِ لا كلّمْتُ زوجةَ زَيْدٍ هذه فطَلَّقها زَيْدٌ، [وكلّمَها][2]؛ حَنِث لِمَا ذكرناه.

وليس كذلك إذا أَطْلق ولم يُعَيِّنْ؛ لأنَّه لم تُوجَدْ [إلَّا][2] الإضافةُ، فإذا[10] باعَها زَيْدٌ، فقد بَطَل حُكمُ الإضافةِ؛ فلِهذا لم يَحْنَثْ[11]. [ب١١٦/ب]

***

---

(١) في (خ): (البيت).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) انظر: «المهذب» ٣/ ١٠٠، و«الحاوي الكبير»: ١٥/ ٣٥٠.
(٤) في (خ): (تشبها مما).
(٥) في (ب): (المقائل).
(٦) في (خ): (يحب)، تصحيف.
(٧) انظر: «الأم»: ٨/ ١٦٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٠٢.
(٨) في (ب): (فيها).
(٩) ساقط من (خ).
(١٠) في (خ): (فلهذا).
(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٣٥٤، و«المهذب» ٣/ ١٠١.

[إذا حلَف لا يدخُل بيتَ زيدٍ، أو دارَ زيدٍ، فدَخل دارًا يسكنُها بالكراءِ]

(٧٨٣): **مسألة**

وإذا حَلف لا يَدْخُل بيتَ زَيْدٍ، أو دارَ زَيْدٍ، فدَخَل دارًا يَسْكنُها بالكِراءِ؛ لم يَحْنَثْ.

ولو حَلَف لا يَدْخُل مَسْكَنَ زَيْدٍ، فدَخَل [بيتًا سَكَنه][1] بالكِراء؛ حَنِث[2].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ قولَه: لا دَخَلْت دارَ زَيْدٍ قد أَضافَ الدّارَ إلى زَيْدٍ فحقيقةُ الإضافةِ تَقْتضي المِلْكَ، فلِهذا قُلْنا: إنَّه لا يَحْنَث بدخولِ دارٍ يَسْكنُها بالكِراءِ؛ لأنَّها ليسَتْ [بمِلْكٍ له][3]، وليس كذلك إذا قال: مَسْكَنُ زيدٍ؛ لأنَّ السُّكْنى قد وُجِدت، وإن كان بالكِراء[4]؛ فلِهذا فُرِّق بينهما. [خ ١٩٢/ ب]

***

[فيمن حَلَف لا يَدخُل بيتًا]

(٧٨٤): **مسألة**

إذا حَلَف لا يَدْخلُ بَيْتًا؛ حَنِث بدُخولِ كلِّ بيتٍ، فإن دَخَل الكَنيسةَ أو المسجدَ أو البيتَ الحرامَ؛ لَم يَحْنَثْ.

والفرقُ: هو أنَّ المقصودَ من البيتِ ما كان[5] يُباتُ فيه في العادةِ، والمسجدُ والكنيسةُ لا يُتَّخَذُ لهذا المَعْنى[6]؛ فلِهذا فُرِّق بينهما.

***

[فيما إذا قال لإحدى امرأتَيْه: أنتِ طالِقٌ، ثم قال للأُخرى: أنتِ شريكتُها]

(٧٨٥): **مسألة**

إذا قال لإحدى امرأتَيْه: أنتِ طالِقٌ، ثم قال للأُخرى: أنتِ شريكتُها، أو شَرَكْتُك معها، ونَوَى بذلك؛ كانَتْ شريكتها، وطُلِّقَتا معًا.

---

(١) في (خ): (مسكنه).
(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٠٢.
(٣) في (خ): (بملكه).
(٤) في (خ): (بكراء)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٣٦٣.
(٥) في (ب): (كان فيه).
(٦) انظر: «المهذب» ٣/ ١٠٢، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ١٢١.

ولـو آلـى مـن إحـدى امرأتَيْـه، ثـم قـال للأُخْـرَى: أشـركتُك[١] معهـا؛ لـم تكـنْ شـريكتُها[٢].

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ الإيـلاءَ يَمِيـنٌ مُحَـدّدةٌ[٣]، واليميـنُ[٤] لا تَثبُـتُ بالكِنايـاتِ، وليس كذلـك الطّلاقُ، فإنَّـه إيقاعٌ وهـو يَثْبُتُ بالكِنايـةِ والصّريحِ جميعًا؛ فلِهـذا صَحّـت الشـركةُ فيـه[٥].

وأمّـا لـو تَظاهَـرَ مـن إحـدى امرأتَيْـه، ثـم قـال للأُخْـرى: أنـتِ شَـريكتُها أو أَشْـركْتُك معهـا؛ ففيهـا قـولان[٦]؛ بِنـاءً علـى أنَّ الظِّهـارَ [هـل هـو][٧] يَمِيـنٌ أو طَـلاقٌ، فـإن قُلنـا: إنَّـه يَمِيـنٌ؛ لـم تَصِـحَّ الشّـرِكةُ، وإن قُلْنـا: إنّـه طـلاقٌ؛ صَـحَّ ذلـك[٨].

***

(٧٨٦): مسألة

[فيمن قال: يدُكِ أو رِجلُكِ طالقٌ، أو قال: زَنَت يدُكِ أو رِجلُكِ]

إذا قـال: يَـدُكِ طالِـقٌ أو رِجْلُـكِ طالـقٌ، فقـد ذكرنـا أنَّهـا تُطَلَّـقُ[٩]، فأمّـا إذا قـال لهـا: [زَنَـت يـدُكِ أو][١٠] رِجْلُـكِ؛ لـم يكـنْ ذلـك صريحًـا [في القَـذْفِ][١١].

(١) في (ب): (شركتك).
(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٢.
(٣) في (خ): (مجردة).
(٤) في (خ): (والأيمان).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٣٦٣، ٣٦٤.
(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٧، و«الحاوي الكبير»: ١٠/ ٤٣٧، ٤٣٨.
(٧) ساقط من (ب).
(٨) انظر: «نهاية المطلب» ١٤/ ٤٩٤.
(٩) انظر: «الأم»: ٦/ ٤٧٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٨.
(١٠) في (ب): (أنت يدك أو أنت)، تصحيف.
(١١) ساقط من (ب)، انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣١٩.

قلت: وظاهر ما نقله المزني رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قذف، وذهب أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة إلى أنه ليس بقذف من غير نية، وخطّأوا المزني في النقل؛ لأن الزنا لا يوجد من هذه الأعضاء حقيقة، ولهذا قال النبي ﷺ: «العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان ويصدق ذلك كله الفرج أو يكذب».

قال في «المنهاج»: (والمذهب: أن قوله: يدك وعينك- كناية).

انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ١٢٩، ١٣٠، و«المهذب» ٣/ ٣٤٨، و«نهاية المطلب» ١٥/ ٩٧، و«منهاج الطالبين» ص: ١١٤.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الطلاقَ تَحْريمُ [ما][١] اسْتَفادَه بالنِّكاحِ؛ فلِهذا كان إضافتُه إلى البعضِ، كإضافتِه إلى الجُمْلةِ.

أَلا تَرَى أنَّه لو قال: ثُلُثُك طالِقٌ، أو رُبعُك [طالقٌ][١]، أو جزءٌ منك؛ [طُلِّقَت جميعًا][٢]، وليس كذلك القَذْفُ، فإنَّه إدخالُ المَعَرَّةِ[٣] [في القَذْفِ][٤] على المَقْذوفِ؛ فلِهذا قُلنا: لا يَتعلَّقُ به حُكْمٌ حتى يكونَ صريحًا فيما يُضافُ إليه، **أَلا تَرَى أنَّه** لو قال: بَعْضُك زانٍ؛ لم يَكُنْ قاذِفًا[٥].

[خ ١٩٣/أ]

***

(٧٨٧): مسألة

[في رجعةِ السكرانِ وإيلائِه ولعانِه، وغيرِ ذلك]

ولا تصِحُّ رَجْعةُ السَّكْرانِ ولا إيلاؤُه ولا لعانُه، ويَصِحُّ طلاقُه[٦] [ونَذْرُه][٧]، [ورِدَّتُه][٨] وقَذْفُه.

والفَرقُ: هو أنَّ الإيلاءَ وغيرَه مِمّا ذكرْنا كالرَّجعةِ حَقٌّ له؛ فلِهذا لم يَصِحَّ منه في حالِ السُّكْرِ، وليس كذلك الطَّلاقُ والقَذْفُ؛ لأنَّ ذلك حَقٌّ عليه، فغُلِّظَا[٩] عليه؛ فلِهذا قُبِل منه في حالِ[١٠] سُكْرِه[١١]، فدلّ على الفرقِ بينهما.

[ب ١١٤/ب]

***

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (خ): (طلق جميعها)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٤١.
(٣) في (خ): (المغيرة)، تصحيف.
(٤) ساقط من (خ).
(٥) في (خ): (قذفا).
(٦) انظر: «الأم»: ٦/ ٦٤١.
(٧) ساقط من (خ)، انظر: «روضة الطالبين» ٣/ ٢٩٣.
(٨) ساقط من (ب)، انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٦، و«الحاوي الكبير»: ١٣/ ١٧٦، و«المهذب» ٣/ ٢٥٦.
(٩) في (خ): (فغلظ).
(١٠) في (ب): (حد).
(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ١٧٦.

(٧٨٨): مسألة

[فيما إذا فَعَلَ المحلوفَ عليه مُكرهًا أو ناسيًا]

إذا فَعَلَ[١] المحلوفُ عليه مُكْرَهًا أو ناسِيًا؛ لم يَحْنَثْ في أحدِ القولَيْن[٢].

ولو قَتَل صيدًا في [حالِ][٣] الإحرامِ عَمْدًا أو سَهْوًا[٤]؛ وَجبَ عليه الكفارةُ[٥].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ قَتْلَ الصَّيْدِ إتلافٌ؛ فلِهذا اسْتوَى فيه العامِدُ[٦] والنَّاسِي[٧]، وليس كذلك في مسألتِنا، فإنَّه ليس بإتلافٍ، وإنَّما هو حُمِل عليه بغيرِ[٨] حَقٍّ؛ فلم يَتعلّقْ به حُكْمٌ، كما لو أُكْرِه على كلمةِ الكُفْرِ.

وأيضًا: فإنَّ الحِنْثَ يَحْتاجُ إلى قَصْدٍ، كما يَحْتاج عَقْدُ اليمينِ إلى قَصْدٍ، فإذا كان كذلك؛ دلّ على ما ذكرْناهُ.

***

(٧٨٩): مسألة

[في الحلفِ ألا يُكلِمَ صاحبَ هذا الطيلسانِ فباعه صاحبُه]

إذا قال: واللهِ لا كَلّمْت صاحبَ هذا الطَّيْلَسانِ، فباعَه صاحبُه، ثم كَلّمَه الحالِفُ؛ لم يَحنَثْ.

ويُفارِق [هذا إذا قال: واللهِ لا دَخَلْت دارَ زَيْدٍ هذه حيثُ قُلْنا: إنَّه يَحْنَثُ][٩] إذا دَخَلها بعدما باعَها زيدٌ[١٠]، لأنَّ في الدارِ وُجِدَ التّعْيينُ، فلِهذا قُلْنا: يَحْنَثُ بالدُّخولِ[١١].

---

(١) في (خ): (جعل)، ويكون (المحلوف) هنا هو الواقع عليه الإكراه من الحالف.

(٢) انظر: «الأم»: ٨/ ١٧٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٠٢، و«الحاوي الكبير»: ١٥/ ٣٦٧.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (خ): (ساهيا).

(٥) انظر: «الأم»: ٣/ ٤٦٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٦٨.

(٦) في (ب): (العاقل).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٤/ ١٠٥.

(٨) في (ب): (لغير).

(٩) في (ب): (الدار).

(١٠) انظر: «الأم»: ٨/ ١٦٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٠٢.

(١١) انظر: «المهذب» ٣/ ١٠١.

[خ ١٩٣/ ب]

وليس كذلك في قولِه: صاحبُ هذا الطيلسانِ، لأنَّه إذا باعَه، فقد خَرَج عن أن يكونَ صاحبَه؛ فلِهذا قُلْنا: لا يَحْنَثُ[١]، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٧٩٠): مَسألة

[فيمن قال: والله لا كَلّمْتُ هذا الشابَ فصار شيخًا]

[إذا قال: واللهِ لا كَلّمْتُ هذا الشابَّ، فصار شَيْخًا، وكَلّمَه؛ حَنِث، وهكذا لو قال: واللهِ لا أَكلْتُ[٢] هذه البُسْرةَ، فصارت رَطْبةً، فأكلَها؛ حنِثَ][٣].

وهكذا لو قال: واللهِ لا [كَلّمْتُ هذا شابًّا، ولا أَكَلْت هذه بُسْرةً، فكَلَّمَه شَيْخًا وأَكَلها رَطْبةً][٤]؛ لم يَحْنَثْ؛ لأنَّ قولَه هذا شابًّا جَعَله حالًا، فإذا صار شَيْخًا، فقد انْتقَلَ عن تلك الحالةِ؛ لِهذا[٥] لم يَحْنَثْ، وليس كذلك[٦] في قولِه: هذا الشّابُّ؛ لأنَّه عَلّقَ[٧] اليمينَ بعَيْنِ[٨] الرّجلِ، وذلك موجودٌ سواءٌ كان شابًّا، أو شيخًا؛ لأنَّه هو الذي صار شيخًا؛ فلِهذا حَنِث بكلامِه.

***

---

(١) ويشكل عليه أنه لو قصد تعيين صاحب الطيلسان لحنث سواء باعه أو لا، كما هو واضح في مسألة قصد تعيين الدار.

(٢) في (خ) : (كلمت)، تصحيف.

(٣) في (ب): (إذا قال والله لا أكلت هذه الثمرة وصارت رطبة فأكلها حنث، ولو قال والله لا كلمت هذا الشاب فصار شيخا وكلمه حنث)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٤٤٢، و«البيان في مذهب الشافعي»: ١٠/ ٥٣٣.

(٤) في (ب) : (أكلت هذه الثمرة ولا كلمت هذا شابا فأكلها رطبة أو كلمه شيخا).

(٥) في (خ) : (فلهذا).

(٦) في (خ) : (هكذا).

(٧) في (ب) : (على).

(٨) في (ب) : (تعين).

(٧٩١): مسألة

[ماذا لو قال يومَ أَدخُلُ الدارَ امرأتي طالقٌ، فدَخَلَها نهارًا، أو ليلًا]

إذا قال: يومَ أَدْخلُ [الدارَ][١] امرأتي طالقٌ، فإن دَخَلَها نهارًا؛ حَنِث [٢]بلا شُبَهٍ، وإن دَخَلَها لَيْلًا؛ احْتُمِل جوابَيْن:

أحدهما: أنَّه لا يَحْنَثُ.

والآخر: يَحنَث.

فأمّا إذا قال: ليلةَ أَدْخلُ، فامرأتي طالِقٌ، فدخلَها نهارًا؛ لم يَحْنَثْ][٣] وَجْهًا واحدًا.

ويُفارِق [هذه][١] المسألةَ قبلَها على أحدِ القولَيْن[٤]: هو أنَّ الليلةَ تكونُ تَبَعًا لليومِ[٥]؛ فلِهذا حَنِث في المسألةِ الأَوَّلَةِ، وليس كذلك النّهارُ، فإنَّه لا يكون تَبَعًا لِلَّيْلِ؛ فلِهذا لم يَحْنَثْ.

ويُمكن أن يُفَرقَ بينهما بغيرِ هذا: وهو أَنْ يُقال: إنَّ اليومَ[٦] في اللُّغةِ اسمٌ للوقتِ، قال اللهُ سبحانَه وتعالى: ﴿يُدَبِّرُ ٱلْأَمْرَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ إِلَى ٱلْأَرْضِ ثُمَّ يَعْرُجُ إِلَيْهِ فِى يَوْمٍ كَانَ مِقْدَارُهُۥٓ أَلْفَ سَنَةٍ﴾ [السجدة: ٥]، معناه في وقتٍ كان مِقْدارُه، فإذا كان كذلك، فالوقتُ يَشْتَمِلُ[٧] على النَّهارِ واللَّيلِ، وليس [كذلك][١] قولُه: ليلةَ أَدْخلُ الدَّارَ؛ لأنَّ اللَّيلةَ اسمٌ لزمانٍ مَخْصوصٍ، وليس هو عبارةٌ عن الوَقْتِ؛ فلِهذا افْتَرقا.

[خ ١٩٤/أ]

***

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) بداية سقط من (ب).

(٣) نهاية السقط من (ب).

(٤) في (ب): (الوجهين).

(٥) في (ب): (للنوم)، تحصيف.

(٦) في (ب): (النوم)، تصحيف.

(٧) في (ب): (يستمد).

(٧٩٢): مسألة

[في عفوِ امرأةِ المولِي، أو العِنّينِ عن حقِّها]

إذا عَفَت[١] امرأةُ المُولِي عن المُطالبةِ [في زمان][٢] الوقتِ، ثم رَجَعَتْ؛ كان لها ذلك، ولم يكنْ لعَفْوها[٣] حُكْمٌ؛ لأنَّها عَفَت عن حَقٍّ لم يَجِبْ بعدُ[٤].

ولِهذا[٥] فارَقَ امرأةَ العِنِّين[٦] إذا عفَتْ [في المدَّةِ المَضروبةِ][٧]، ثم رَجَعَتْ؛ لم يَكُنْ لها ذلك؛ لأنَّها قد عفَتْ عن حَقٍّ قد وَجَب[٨]، هذا[٩] على قولِ بعضِ أصحابِنا.

***

(٧٩٣): مسألة

[فيمن نَذَر عِتْقَ عبدٍ بعينِه، أو صومَ يومٍ بعينِه، فأرادَ صرفَه إلى غيرِه]

إذا نَذَر[١٠] عِتْقَ عَبْدٍ بعينِه؛ لم يَكُنْ له[١١] صَرْفُه إلى غيرِه سواءٌ [إن][١٢] مات العَبْدُ الذي عَيَّنَ عِتقَه[١٣]، أم لم يَمُتْ.

ولو نَذَر صَوْمَ يومٍ بعَيْنِه، فلم يَصُمْه[١٤] حتى فاتَه [فصام يومًا][١٥] غيرَه؛ جازَ.

[ب ١١٧/ أ]

---

(١) في (ب): (عتقت) ظاهره تصحيف. (٢) في (ب): (لزمان).

(٣) في (خ): (لفقدها)، تصحيف. (٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٠٣.

(٥) في (خ): (وبهذا). (٦) في (خ): (العين)، تصحيف.

(٧) ساقط من (ب). (٨) انظر: «الأم»: ٦/ ١١٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٩.

(٩) في (ب): (هو). (١٠) في (خ): (نذرت).

(١١) في (خ): (لها). (١٢) ساقط من (خ).

(١٣) في (ب): (وقته). أي وقت عتق العبد والمقصود تعيين العبد

(١٤) في (ب): (يصم). (١٥) في (خ): (قضاء في يوم).

والفرقُ: هو أنَّ العِتْقَ قد تعلَّقَ به حَقُّ العَبْدِ[١]؛ فلِهذا لم يكنْ له نَقْلُه [إلى][٢] غيرِه، وليس كذلك في الصَّوْمِ، لأنَّ[٣] الأيامَ كلَّها واحدةٌ؛ فلِهذا قام بعضُها مَقامَ بعضٍ عند فَواتِ المُعَيَّنِ[٤].

***

(٧٩٤): مَسألة

[في نذرِ صومِ يومِ العيدِ]

إذا نَذَر صَوْمَ يومِ العِيدِ؛ لم يَنْعَقِدْ نذرُه[٥]، وهكذا لو نَذَر نَذْرًا مُطْلَقًا، فأراد أن يَصُومَ [يومَ][٢] العيدِ؛ لَم يُجْزِه.

فإن قيل: ما تقولُ فيه إذا نَذَر صلاةً، فصَلّاها في دارٍ مَغْصوبةٍ، أَيُجزِئُه ذلك عن نَذْرِه؟

قُلْتُ: لا نَصَّ في ذلك، والقياسُ: أنَّه يجوزُ[٦].

والفرقُ: هو أنَّ المكانَ في الصَّلاةِ لا يَتَعَيَّنُ[٧]، **ألا تَرَى** [أنَّه لو نَذَر][٨] أن يُصَلِّيَ في مسجدٍ سِوَى المَسْجدِ الحرامِ؛ لَم يَلْزَمْه ذلك، بل أيُّ مَوْضِعٍ صَلَّى خَرَجَ عن نَذْرِه[٩]، وليس كذلك [الصَّوْمُ][٨]، فإنَّ الزَّمانَ مُسْتَحَقٌّ فيه، ونَذْرُ صَوْمِ يومِ العِيدِ، كنَذْرِها صَوْمِ أيامِ حَيْضِها، وكنَذْرِ صَوْمِ زمانِ اللَّيْلِ، فإنَّه لا يَنْعَقِدُ في هذه المواضعِ؛ فلِهذا افْتَرقا.

---

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ١٠٠. (٢) ساقط من (خ).
(٣) في (خ): (فإن). (٤) في (خ): (العين).
(٥) انظر: «نهاية المطلب» ١٨/ ٤٥٤. (٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٤٩٤.
(٧) في (ب): (يتغير). (٨) ساقط من (ب).
(٩) انظر: «المهذب» ١/ ٤٤٤.

[في نَذْرِه الصلاةَ في المسجدِ الحرامِ]

وأمّا [نَذْرَه للصلاةِ][١] في المسجدِ الحرام، فإنَّ عليه أن يأتِيَ المسجدَ الحرامَ، ويُصَلِّيَ فيه بخِلافِ غيرِه، لأنَّ المَسْجدَ الحرامَ يَجِبُ إتيانُه شَرْعًا؛ فلِهذا انْعقَد النَّذْرُ[٢] به، بخِلافِ غيرِه.

[خ ١٩٤/ ب]

وأمّا مَسْجدُ بيتِ المَقْدِسِ ومسجدُ المدينةِ إذا نَذَرَ الصلاةَ في واحدٍ منهما، فهل يَنْعَقِدُ نَذْرُه، أم لا؟ [على][٣] قولين[٤].

وأمّا إذا قُلنا: [يَنْعقِدُ][٥]: فيُفارق غيرَه من المساجدِ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَد بشَدِّ الرِّحالِ إلى هَذَيْن المسجدَيْن، كما وَرَد في المسجدِ الحرامِ[٦]، وليس كذلك غيرُه من المساجدِ.

وإذا قُلنا: لا يَنعقِدُ[٧] ذلك، ففارَق[٨] المسجدَ الحرامَ؛ لأنَّ [المَسجِدَ الحرامَ][٩] لمّا وَجَب إتيانُه شَرْعًا؛ لِهذا اخْتُصَّ بعَقْدِ النَّذْرِ بالصلاةِ فيه، ولم يَقُمْ غيرُه مَقامُه في ذلك، والمَسجِدُ الأَقْصى والمَدِينةُ لا يَجِبُ إتيانُهما شَرْعًا، فكانا كغيرِهما من المساجدِ، فدلّ على ما ذكرْناهُ.

***

(٧٩٥): مسألة

[في صلاةِ مَن تعلَّق بلوحٍ في البحرِ]

إذا كان في سفينةٍ، فانْكسَرَت، وخافَ الغَرَقَ فتعَلّق بلَوْح، وحَضَرت الصلاةُ، فإنَّه يُصَلِّي إلى القبلةِ، ولا يجوزُ له تَرْكُها، ويَجوزُ تَرْكُ الرُّكوعِ والسّجودِ.

---

(١) في (خ): (نذر الصلاة). (٢) في (ب): (كنذر). (٣) ساقط من (ب).

(٤) انظر: «الأم»: ٣/ ٦٦٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٠٥، و«المهذب» ١/ ٤٤٥.

(٥) ساقط من (خ).

(٦) يشير إلى قوله ﷺ قال: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: المسجد الحرام، ومسجد الرسول ﷺ، ومسجد الأقصى». أخرج البخاري: كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، من باب باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، برقم (١١٨٨)، ومسلم: في كتاب الحج، باب لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد، برقم (١٣٩٧)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٧) في (خ): (يتعين). (٨) في (خ): (ويفارق). (٩) في (خ): (الحرم).

فإن قيل: ما الفرقُ[1] بين الرّكوعِ والسُّجودِ حَيثُ جازَ تَرْكُه، ولم يَجُزْ تَرْكُ استقبالِ القبلةِ؟

قُلنا: الفرقُ بينهما: هو أنَّ استقبالَ القِبْلةِ لا بدلَ له يقومُ مقامَه، وليس كذلك الرُّكوعُ والسُّجودُ، فإنَّه يَرْجعُ إلى بَدَلٍ، وهو الإيماءِ إن أَمْكنَه [يَفْعلُ بجَوارحِه][2]؛ فعليه، وإلَّا أَشار برأسِه[3]؛ فلِهذا افْترقا.

***

(٧٩٦): مَسْأَلة

[في العبدِ يَؤُمُ مَن كان في دارِه، أو المُكتري]

إذا جَعَل السَّيدُ لعبدِه دارًا، فحَضَر فيها جماعةٌ في وقتِ الصلاةِ؛ لم يَكُنْ لواحدٍ منهم أن يتقدّمَ يَؤُمُّ بهم من غيرِ إِذْنِ العَبدِ، فإن كان السَّيدُ معهم؛ كان له أن يتقدّمَ من غيرِ إذنِ العبدِ.

ولو أَكرى [الدارَ][4] من رَجلٍ، وحَضر [رَبّها][5] مع المُسْتأجِر فيها؛ لم يَكُنْ لربِّها التَّقدُّم فيها من غير إذنِ المُستأْجِرِ.

[**والفرقُ بينهما**: أنَّ المُستأجِرَ][6] مالِكٌ [لمنفعةِ الدّارِ][7]، بدليل أنَّه لو أرادَ إخراجَ رَبِّ الدارِ منها؛ كان له ذلك؛ فلِهذا كان هو أَحَقّ بالتَّقدمِ. [ب ١١٧/ ب]

وليس كذلك في المَسألةِ قَبْلها، لأنَّ العَبْدَ ليس له [تَمَلُّكٌ، وإنَّما][8] المِلْكُ للسَّيدِ، وهو مالِكٌ لرقبةِ العبدِ والدارِ جميعًا[9]، فلِهذا افْترقا.

***

(١) في (خ): (تقول).

(٢) في (خ): (بفعل جوارحه).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٢/ ٣٤٦.

(٤) في (خ): (داره).

(٥) في (ب): (بها).

(٦) في (ب): (لأنه).

(٧) في (ب): (للمنفعة).

(٨) في (ب): (بملك دائم).

(٩) في (خ): (جميعها).

[في استخلافِ الإمامِ إذا عجزَ عن القيامِ]

(٧٩٧): مسألة

قال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وأُحِبُّ [للإمام][1] إذا عَجَزَ عن القِيامِ أن يَستَخلِفَ مَن يُصَلِّي بهم[2] قائِمًا، ليَخْرجَ بذلك من الخِلافِ.

فإن قيل: ما الفرقُ بين هذا، وبين النبيِّ ﷺ [حين استخْلف أبا بكرٍ رضوانِ اللهِ عليه، ثم وَجَد خِفَّةً ﷺ][3]، فخرج فتأخّر أبو بكرٍ، وتَقدّمَ النبيُّ ﷺ، [فأَمَّ الناسَ جالِسًا][4]؟

قيل: الفرقُ بينهما: أنَّ صلاةَ النبيِّ ﷺ جالِسًا مِثْلُ فَضْل][5] صلاتِه قائِمًا، وليس كذلك آحادُ أُمّتِه، فإنَّ صلاةَ أحدِهم قاعِدًا دُونَ صلاتِه قائِمًا في الفَضْلِ[6]؛ فلِهذا افترقا.

***

[في شرطيةِ أن يكونَ الحاكمُ كاتِبًا]

(٧٩٨): مسألة

من شَرْطِ الحاكمِ أن يكونَ يُحْسِنُ الكتابةَ، أم لا، فيه وجهان.

أحدُهما: أنَّ ذلك ليس بشَرْطٍ، كما لم يكنِ النبيُّ ﷺ كاتِبًا.

والثّاني: يَجِبُ أن يكونَ الحاكِم كاتِبًا.

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (به).

(٣) ساقط من (خ).

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري: في كتاب الأذان، باب حد المريض أن يشهد الجماعة، برقم (٦٦٤)، ومسلم: في كتاب الصلاة، باب استخلاف الإمام إذا عرض له عذر من مرض وسفر، وغيرهما من يصلي بالناس...، برقم (٤١٨)

(٥) في (ب): (فصلى جالسا فصلى مثل صلاته قائما).

(٦) في (خ): (الفضيلة).

ويفارِقُ [هذا][١] النبيَّ ﷺ؛ لأنَّ الحاكِمَ إذا لم يَكُنْ يَعْرِفُ الكتابةَ؛ لم يَأْمَنِ التَّزويرَ عليه، والنبيُّ ﷺ قد أَمِنَ من ذلك؛ لأنَّه كان بين قَوْمٍ لا يَقَعُ ذلك منهم[٢]، فلِهذا افترقا[٣].

***

[في الأعجميِّ يَستفتي، أو يَتحاكَمُ إلى القاضي]

مسألة (٧٩٩):

إذا اسْتَفْتَى رجلٌ أَعْجَميٌّ فَقِيهًا لا يُحْسِنُ العَجَمِيّةَ؛ جاز له [أن يُتَرجِمَ له][٤] واحدٌ، ولو تَحاكَم إلى القاضي رجلٌ أعجميٌّ وآخر، [والقاضي][٤] لا يُحْسن ذلك؛ [لا يجوز][٥] أن يُتَرجِم عنه أَقَلّ من اثْنَيْن[٦].

والفرقُ بينهما: أنَّ الفَتْوى إخبارٌ، فقُبِل فيها قولُ الواحِدِ، وليس كذلك التّحَاكُمُ؛ [لأنَّه شهادةٌ][٧]، فلم يُقبَلْ فيها أقلُّ من اثْنَيْن.

[خ ١٩٥/ ب]

***

[في بحثِ القاضي عن عدالةِ الشهودِ في الباطنِ]

مسألة (٨٠٠):

لا يجوزُ للحاكِمِ أن يَحْكُمَ بشهادةِ الشُّهودِ حتى يَبْحَثَ عن عدالتِهم في الباطِنِ، ولا يجوزُ له الحُكْمُ بظاهرِ الحالِ، فإذا بَحَثَ عن باطنِهم، فإن بانَ [له][١] أنّهم عُدُولٌ جازَ له الحُكْمُ، وإلّا لم يَجُزْ سواءٌ كان في حَدٍّ أو قِصاصٍ أو مالٍ.

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٣/ ٢١.

(٣) ويمكن أن يقال أيضًا: إنه ﷺ أمن من ذلك لأن الوحي محفوظ من قبل الله وأن الله عصمه من أن يقع عليه ذلك فلهذا افترقا.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (خ): (لم يجز).

(٦) انظر: «الأم»: ٧/ ٥٠٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٠٧.

(٧) في (خ): (لإشهاده).

فإنْ قالَ قائلٌ: ما تقولُ فيهِ: إذا وَرَدَ [لَفْظُ][(١)] العُمومِ على المُكلّفِ أَيَلْزَمُه اعتقادُه، أم يَبْحثُ عن دليلِ التّخْصِيصِ؟

قُلْتُ: لأصحابِنا فيه وَجْهانِ:

ذَهب ابنُ سُرَيجٍ وغيرُه إلى أنّه لا يَجِبُ على المُكلّفِ اعتقادُ[(٢)] عمومِه إلَّا بَعْدَ البَحْثِ عن دليلِ التّخْصيصِ، فإن وَجَد ثَمَّ[(٣)]، فعلى هذا لا فَرْقَ بينهما.

وذهب الصَّيْرَفِيُّ[(٤)] والقَفّالُ الشّاشِيُّ[(٥)] إلى أنَّه يَجِبُ على المُكلَّفِ اعتقادُ عُمومِه حين طَرَقَ[(٦)] سَمْعَه[(٧)].

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) في (ب): (اعتقاده).

(٣) التقريب والإرشاد: ٣/ ٣٠٢.

(٤) هو: أبو بكر محمد بن عبد الله الصيرفي الفقيه الأصولي أحد أصحاب الوجوه في الفروع والمقالات في الأصول، تفقّه على ابن سريج، قال القفال الشاشي: كان أعلم الناس بالأصول بعد الشافعي.

قال الشيخ أبو إسحاق: وله مصنفات في أصول الفقه وغيرها توفي بمصر.

تنظر ترجمته في: تاريخ بغداد: ٣/ ٤٧٢، و«طبقات الفقهاء»، للشيرازي، ص: ١١١، و«طبقات الشافعية الكبرى»: ٣/ ١٨٦.

(٥) في (ب): (والشاشي)، والمثبت موافق لما في «التلخيص في أصول الفقه»، «البحر المحيط».

هو: أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل القفال الشاشي الإمام، العلامة، الفقيه، الأصولي، اللغوي، عالم خراسان، توفي سنة: ٣٣٦هـ.

قال الحاكم: كان أعلم أهل ما وراء النهر بالأصول، وأكثرهم رحلة في طلب الحديث.

تنظر ترجمته في: «سير أعلام النبلاء»: ١٦/ ٢٨٣، و«طبقات الشافعية الكبرى»: ٣/ ٢٠٠.

(٦) في (خ): (نظرت).

(٧) قال ابن السمعاني في «قواطع الأدلة» بعد ما ذكر مسألة من مسائل العموم قال: (قالوا: ما قولكم إذا قال لفلان على الدراهم.

قلنا: كذلك نقول ولكن إنما لم يحمل على الجميع لأنه لا يتصور حمله على جميع الدراهم لأنه لا يتصور أن يكون أتلف عليه كل درهم في الأرض أو استقرض كل درهم في الأرض فعدل =

= عن العموم لأنه لم يكن حمله على العموم ومن فروع هذه المسألة:

أ- أن أبا بكر الصيرفي قال: إذا ورد لفظ العموم يجب أن يعتقد العموم بنفس الورود. وقال ابن سريج: يتوقف الاعتقاد إلى أن يعرضه على دلائل الشرع فإذا لم يجد الخصوص اعتقد العموم، واحتج من ذهب إلى القول الأول بأن لفظ العموم موضوع للاستغراق فإذا ورد وجب أن تعتقد ما وضع له اللفظ كلفظ الخصوص وكلفظ الأمر والنهى.

قال: ولأن النظر لا يتناهى فيجوز ألا يجد مخصصًا في النظر ثم نجد في النظر الثاني وما لا يتناهى لا يصار إليه.

قال: فلأن الذى صار إليه ابن سريج قول بالوقف وقد ذكرنا بطلانه.

وأما الدليل لما ذهب إليه ابن سريج هو أن اللفظ الموضوع للاستغراق هو اللفظ المتجرد عن القرائن المخصصة، ولا بد من طلب التجرد ليحمل على المعنى الموضوع له اللفظ وهذا الطلب يعرض للخطاب الوارد على دلائل الشرع لتعرف هل وجد هناك دليل يخص اللفظ أو لا، ثم إذا لم نجد فقد أصاب اللفظ المجرد عن قرينة مخصصة فيحمل حينئذ على الموضوع له وهو الاستيعاب ونعتقد ذلك وهذا مثل البحث عن عدالة الشهود ووجوب الحكم هناك مثل اعتقاد العموم هاهنا). انظر «قواطع الأدلة» ١/ ١٦٥

وقال محمود بن أبي بكر الأرموي : (يجوز التمسك بالعام ابتداء وهو قول الصيرفي. وقال ابن سريج: إنما يجوز إذا طلب المخصص فلم يجده.

لنا وجهان: لو وجب طلب المخصص لوجب طلب المانع من الحقيقة في التمسك بها، بجامع تقليل احتمال الخطأ. ولم يجب ذلك عرفا لأنهم يحملون الألفاظ على حقائقها بلا طلب فلم يجب شرعًا لقوله عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن».

ب- أن الأصل عدم المخصص وأنه يجب ظن عدم التخصيص.

احتج : بأنه قبل الطلب احتمل كونه حجة في هذه الصورة مثلا، بأن لا تكون مخصوصة وأن لا يكون حجة فيها بأن تكون مخصوصة، والأصل أن لا يكون حجة. وجوابه: أن احتمال كونه حجة راجح لما سبق). انظر «التحصيل من المحصول» ١/ ٣٧٢.

والراجح وجوب التمسك بالعموم و وجوب العمل به قبل البحث عن المخصص و إلا لأفضى إلى تعطيل العمل بالنص وإن الصحابة لما كانوا يسمعوا أمرا من النبي عليه السلام يبادروا بفعله، فإن جاءهم التخصيص خصصوا وهذا عمل منهم واعتقاد للعموم قبل أن يرد لهم المخصص وصريح العمل به ودليله حديث معاذ بإرسال النبي له إلى اليمن ليعلم الناس الإسلام. وانظر تفاصيل مهمة في المسألة في «البحر المحيط» : ٤/ ٤٧.

فعَلَى هذا **الفرقُ بينهما** -وإن كنْتُ لم أَسْمعْ [لأحدٍ من][1] أصحابنا فَرْقًا بينهما: هو أنَّ أكثرَ ما فيه أن يكونَ ثَمَّ دليلُ تَخْصيصٍ قد خَفِيَ عنه، وذلك لا يَضُرّه، لأنَّ [دليلَ][2] التَّخْصِيصِ لا يُسْقِطُ حُكْمَ العمومِ رأسًا، وإنَّما يُسْقِطُ منه ما قابَلَ دليلَ التَّخْصِيصِ، ويَبْقَى الباقي[3] على عُمومِه، وليس كذلك الشّهودُ[4]، فإنّه لو بانَ في الباطنِ فِسْقُه[5]، أَسْقَطَ حُكْمَ العَدالةِ رَأْسًا، فلا يَبْقَى يُسْمَعُ قولُهم[6] [رأسًا][2] في شيءٍ دون شيءٍ، وإذا كان كذلك بانَ الفرقُ بينهما.

[خ ١١٨/أ]

***

(٨٠١): **مَسْألة**

[في بيانِ سببِ الجَرْحِ، أو التعديلِ]

لا يَقْبلُ الحاكمُ جَرْحًا[7] من أصحابِ المسائلِ[8] حتى يُبَيِّنُوا[9] له سَبَبه[10].

ويُفارِق التَّعديلَ حيث قُلنا: لا يَفْتقرُ إلى ذِكْرِ السببِ: هو أنَّ سببَ الجَرْحِ مُجْتَهَدٌ فيه وربما جَرَّح شاهِدًا، وهو تَجُوزُ شهادتُه عند غيرِه؛ فلهذا قُلنا: يَذكُرُ سببَه حتى [يُجِيزَ ذلك][11] فيه الحاكِمُ، وليس كذلك التّعْديلُ، فبان الفرقُ [بينهما][12].

[خ ١٩٦/أ]

***

(١) في (خ): (لأحدث).
(٢) ساقط من (خ).
(٣) في (خ): (الثاني).
(٤) في (خ): (في الشهود).
(٥) في (خ): (فسقهم).
(٦) في (خ): (قوله).
(٧) في (خ): (الجرح).
(٨) أصحاب المسائل: قوم يرسلهم القاضي للبحث عن حال من جهل حاله من الشّهود والسّؤال عنه. «تحرير ألفاظ التنبيه»: ١/ ٣٣٢.
(٩) في (خ): (يبين).
(١٠) في (ب): (سيئه)، انظر: «المهذب» ٣/ ٣٨٧.
(١١) في (خ): (يجتهد).
(١٢) ساقط من (ب).

[في شرطيةِ أربعةِ شهودٍ في الزنا]

(٨٠٢): **مَسألة**

يُقال: لِمَ كان الشُّهودُ في الزِّنا أَرْبعًا، وفي غيرِه شاهدَيْن؟

قُلْنا: الفرقُ بينهما من وجوهٍ:

أحدها: أنَّه قد نُدِب في الزِّنا إلى السَّترِ(١)؛ فلِهذا اشْتُرط فيه أَرْبعٌ حتى لا يَتَسارَعُ الناسُ إلى هَتْكِ سِتْر بعضِهم بعضًا، وليس كذلك غيرُه من الحُقوقِ، فإنَّه [لَم يُنْدَبْ فيه إلى السَّتْرِ.

والفرق الثاني: إنَّ الزِّنا لَمَّا تعلَّق به إتلافُ نَفسَيْن؛ لِهذا اشْتُرطَ فيه أَرْبعةُ شُهودٍ، وليس كذلك غيرُه من الحُقوقِ](٢)، فإنَّه لا يَتعلَّقُ [به أكثرُ](٣) من نفسٍ واحدةٍ؛ فلِهذا اقْتُصِر فيه على شاهدَيْن.

وأيضًا: فإنَّ الشُّهودَ في الزِّنا أُقِيموا مقامَ اللِّعانِ في حقِّ الزوجَيْن، ثم كانت ألفاظُ اللِّعانِ تَزيدُ على الأَرْبعِ، فكذلك الشُّهودُ، فيما أُقِيم مقامَه، وغيرُه من الحقوقِ بخِلافِه.

***

[في الحكمِ بالنكولِ]

(٨٠٣): [**مَسألة**](٢)

لا يجوزُ الحُكْمُ بالنُّكولِ في شيءٍ من الحقوقِ عند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

فإن قال قائل: قد ناقَضَ(٤) أصلَه في ذلك؛ وهو(٥) إذا امْتَنَعت المرأةُ من اللِّعانِ، فإنَّه قال: تُحَدُّ(٦)، وذلك حُكْمٌ بالنُّكولِ.

---

(١) في (ب): (التستر).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (خ): (بأكثر).
(٤) في (ب): (نقض).
(٥) في (ب): (وهو أنه).
(٦) انظر: «الأم»: ٦/ ٧٣٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣١٦.

وكذا قال فيه إذا اختلَف السّاعي وربُّ المالِ، فقال السّاعِي له: هذا المالُ مِلْكُك، وقد حالَ عليه الحَوْلِ، فأَدِّ زكاتَه، فقال ربُّ المالِ: ليس هو مِلْكِي، وإنَّما هو وَدِيعةٌ في يَدَيَّ، وامتنع من اليَمِينِ، فإنَّه قال: تُؤْخَذُ منه الزَّكاةُ[1]، وهذا حُكْمٌ بالنكولِ.

وهكذا قال فيه إذا جاء الإمامُ فطَلَب الجِزْيّةَ من قوم من أهلِ الذمَةِ، فذكروا أنَّهم قد أَدُّوها، وامْتَنعوا من اليَمِينِ، فإنّا نَأْخُذُ منهم الجِزْيةَ، وهذا حُكْمٌ بالنُّكولِ. [خ ١٩٦/ ب]

وكذا لو رَأَيْنا غُلامًا من أهلِ الذِّمةِ قد أَنْبَتَ[2]، فطالَبْناه بالجِزْيةِ، فقال: ليس[3] ذلك بُلوغًا، وإنَّما أنا عالجْتُ نفسي في ذلك، وامْتَنع من اليمينِ، فإنّا نَأْخذ منه الجِزْيةَ[4]، قالوا: وهذا كلُّه حُكْمٌ بالنُّكولِ.

والجوابُ: أنّا نقولُ: إنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ اللهُ لم يُناقِضْ في شيءٍ من ذلك، ولا حَكَمَ في هذه المسائلِ التي ادَّعُوها[5] بالنُّكولِ، وإنَّما حَكَمَ فيها بظَاهِرٍ مُتَقَدِّمٍ[6]؛ إذِ الظَّاهرُ أَنَّ من في يدِه مالٌ أنَّه مِلْكُه[7].

وكذلك الظاهِرُ فيها[8] إذا امْتَنعَتْ من اللِّعانِ، فإنَّما[9] وَجَبَ الحَدُّ

(١) انظر: «الأم»: ٣/ ٤١، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٣٨.

(٢) في (ب): (أنبتت).

(٣) في (خ): (أليس)، تصحيف.

(٤) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٣/ ٩٣.

(٥) في (ب): (أوعدها).

(٦) في (ب): (المتقدم).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٣/ ١٢٦.

(٨) في (خ): (فيما).

(٩) في (ب): (إنما).

عليها بظاهرٍ مُتقدِّمٍ، وهو لِعانُ الزَّوْجِ[١]، وعلى هذا حُكْمُ باقي المسائلِ التي ذَكَرُوها[٢].

***

[في شهادةِ الزوجين، وشهادةِ السَّيدِ لأَمَتِه]

(٨٠٤): [مَسْأَلَة][٣]

تُقْبَلُ[٤] شَهادةُ كُلِّ واحدٍ من الزَّوجَيْن لصاحبِه وعليه[٥].

[ب ١١٨/ب]

ويُخالفُ السَّيدَ لأَمَتِه؛ لأنَّ [شهادةَ السَّيدِ][٦] لأَمَتِه شهادةٌ لنفسِه، فإنَّها[٧] مِلْكُه؛ فلِهذا لم تُقبَلْ، وليس كذلك شِهادةُ الزَّوجَين، فإنَّها ليس فيها شهادةٌ لنفسِه؛ إِذْ عَقْدُ الزَّوجيّةِ عَقْدٌ [على][٣] المَنْفعةِ، فأَشْبَه عَقْدَ الإجارةِ.

***

[في شربِ الخمرِ، والنبيذِ]

(٨٠٥): مَسْأَلَة

لا خِلافَ بين أَحدٍ من العُلماءِ [أنَّه][٨] إذا شَرِبَ قَطْرةً من الخَمْرِ أنَّه [يَجِبُ عليه الحَدُّ][٩]، ويُفَسَّقُ بذلك، وتُرَدُّ شهادتُه سَكِر، أو لم يَسْكَرْ[١٠].

---

(١) قال الماوردي [في «الحاوي الكبير»: ١١/ ٣٠]: دليلنا قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [النور: ٨]، وذكر العذاب بالألف واللام يوجب حمله على جنس، أو معهود؛ فلم يجز حمله على جنس العذاب، لأنه لا يجب، فوجب حمله على المعهود، وهو الحدّ، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢].

(٢) في (ب): (ذكرها). (٣) ساقط من (ب).

(٤) في (خ): (ونقبل). (٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤١٩، و«المهذب» ٣/ ٤٤٧.

(٦) في (ب): (يساره). (٧) في (خ): (فإنما).

(٨) ساقط من (خ). (٩) في (خ): (يحد).

(١٠) انظر: مراتب الإجماع، لابن حزم، ص: ١٣٣.

فأمّا إذا شَرِبَ النَّبِيذَ، فعندنا يَجِبُ عليه الحَدُّ سَكِر أو لم يَسْكَرْ[(١)].

وأما التّفْسِيقُ، وردُّ [شهادتِه][(٢)]؛ فيُنظَرُ فيه، فإن هو سَكِرٍ؛ فُسِّقَ، ورُدّت شهادتُه، وإن [هو][(٢)] لم يَسْكَرْ؛ لم يُفَسَّقْ، ولم تُردَّ شهادتُه، إن كان حَنَفِيًّا[(٣)].

فإن قيل: لِمَ أَوْجبْتُم الحَدَّ [عليه][(٢)]، ولم تَحْكُموا بتَفْسِيقه [ورَدِّ شهادتِه][(٤)]؟

قيل [لهم][(٢)]: الحَدُّ يُرادُ [منه][(٤)] الرَّدْعُ[(٥)] والزَّجْرُ، فحَدَدْناه؛ لِئَلّا يَتَطرَّقَ إلى ما هو أكثرُ منه، والفِسْقُ ورَدُّ الشهادةِ أمرٌ مُجتَهَدٌ فيه؛ فلِهذا لم يُقْطَعْ بتفسيقِه لأَجْلِ الاختلافِ[(٦)]. [خ ١٩٧/أ]

فإذا سَكِر فقد زال الاخْتِلافُ، وحَصَل الإجماعُ على تحريمِه؛ فلِهذا حُكِمَ بفسقِه عند السُّكْرِ، فدلّ على ما ذكرْناهُ[(٧)].

***

(٨٠٦): مَسْألة

[في إعادةِ الفاسقين شهادتَهما بعد توبتِهما]

إذا شَهِد فاسقان عند الحاكمِ، فَرَدَّ شهادتَهما فتابا وحَسُنت حالتُهما ورَجَعا، فأَعاد تِلْك الشهادةَ؛ لم تُقْبلْ.

---

(١) انظر: «الأم»: ٧/ ٣٦٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٢.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (خ): (حنيفيا) انظر: «الأم»: ٧/ ٥١١، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤١٩.

(٤) ساقط من (خ).

(٥) في (خ): (للردع).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ١٨٥.

(٧) في (خ): (ذكرنا).

ولـو شَـهِد عبـدانِ أو كافـران أو صَبِيّـانِ، ثـم أعْتـقَ[١] العبدَيْـن، أو أسـلمَ الكافـران، وبَلَـغَ الصَّبِيّـان، فأعـادَ تلك الشَّـهادةَ؛ قُبِلَت، وسَـمِعَها الحاكِمُ[٢].

والفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّ رَدَّ شـهادةِ الفاسـقِ حُكْـمٌ مـن طريـقِ الاجتهـادِ وسـماعَها ثابـتٌ[٣] مـن طريـق الاجتهـادِ أيضًـا؛ والاجْتِهـادُ لا يَنقُـضُ [بالاجتهـادِ][٤]؛ فلِهـذا[٥] قُلْنـا: لَـم تُسـمَعْ في الثـاني.

وليـس [كذلـك][٦] حـالُ العبدَيْـن والكافرَيْـن؛ لأنَّ رَدَّ شـهادتِهما [-واللهُ أعلـمُ- ليـس مـن طَريـقِ][٧] الاجتِهـادِ، وإنَّمـا كان مـن حيـث النَّـصِّ؛ فلِهـذا افترقـا.

وفَرْقٌ ثانٍ: هـو أنَّ إعـادةَ العَبْدِ[٨] والكافـرِ ابتـداءُ شـهادةٍ؛ فلِهـذا قُبِلت؛ لأنَّ الأولَ لا تكـونُ شـهادةً؛ لأنَّهمـا لَيْسَـا مـن أهلِهـا في تلك الحالـةِ، وليس كذلـك الفاسـقُ، فـإنَّ قبـولَ شـهادتِه في الثـاني ليـس هـو ابتـداءَ شـهادةٍ[٩]، وإنَّمـا هـو إعـادةُ الشَّـهادةِ الأُولَـى، والأُولَـى قـد حَكَمْنـا ببطلانِهـا؛ فلِهـذا لـم تُسـمَع منهمـا، فـدلَّ علـى مـا ذَكَرْنـاهُ.

***

---

(١) أي: أعتق السّيد العبدين، وحذف الفاعل على قول الكسائي بحذف الفاعل لدليل كما نقله عنه السيوطي في «همع الهوامع» (١ / ٥٧٧) فقال: وذهب الكسائي إلى جواز حذف الفاعل لدليل كالمبتدأ والخبر ورجحه السّهيلي وابن مضاء.

وحكى المرادي عن الكسائي فقال في «توضيح المقاصد» ٢/ ٥٨٥: (وقد ذهب الكسائي إلى جواز حذف الفاعل مطلقًا).

(٢) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٥٠، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ٢٨٥، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٣/ ٣٢٢، ومنهاج الطالبين: ١/ ٣٤٦.

(٣) في (ب): (باطنا) كذا.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (فلهذا جاز إذا).

(٦) ساقط من (خ).

(٧) في (خ): (لم يكن من حيث).

(٨) في (ب): (الشهادة).

(٩) في (ب): (شهادته).

[فيمَن سَمِعَ رجلا يَحلِفُ، فقال: يميني في يمينِك]

(٨٠٧): مسألة

إذا سَمِع رجلًا يَحْلِفُ، فقال السامعُ: يَميني في يَمينِك[١]؛ يُنظرُ[٢] فيه، فإن كان الحالِفُ حَلَف باللهِ؛ لم يكنْ [على][٣] القائلِ: يميني في يمينِك- شيءٌ، ولم يكنْ حالِفًا بهذا[٤] القَوْلِ[٥].

[خ ١٩٧/ ب]

وإن كان الحالِفُ حَلَف بالطّلاقِ؛ نَظَرْتُ في القائلِ: يميني في يمينِك، فإن لم يَنْوِ شيئًا؛ فلا شيءَ عليه، وإن نَوَى ذلك[٦]؛ لَزِمَه.

فإن قيل: فما الفرقُ بينهما؟

قيل: من وجوه:

[ب ١١٦/أ]

أحدها: أنَّه لمّا جاز أن يقومَ غيرُه مَقامَه في الطلاق؛ جاز أن يَقومَ غيرُ اللّفْظِ مقامَه، وليس كذلك اليَمِينُ باللهِ، فإنَّه لا يجوزُ أن يقومَ غَيْرُ الحالِفِ مَقامَه فيها، فكذلك لم يَقُمْ غَيْرُ اللّفْظِ مقامَه[٧].

وفَرْقٌ آخرُ: وهو أنَّ الطلاقَ لَمّا أثّر في الغَيْرِ[٨] جاز [أن يتخطَّى][٩] به إلى غَيْرِ لَفْظِه، وليس كذلك اليمينُ باللهِ تعالى، فإنَّه لمّا لم يُؤَثِّرْ في الغَيْرِ[٨]؛ [فلهذا][٩] لم يتخطَّ [به][٣] إلى غيرِه.

وفرقٌ آخرُ: وهو أنَّ اليمينَ باللهِ وُضِعَتْ[١٠] للمَأْثَمِ، فلهذا دَخلَتْ فيها الكفّارةُ[١١]، وهذا المَعْنى لا يُوجَدُ في غيرِ اللّفْظِ الموضوعِ لليَمِينِ، وليس كذلك الطّلاقُ، فإنَّه لم يُوضَعْ للمَأْثَمِ.

---

(١) معنى (يميني في يمينك): يلزمني من اليمين ما يلزمك. انظر: كفاية النبيه: ١٤/ ٤٢٩.
(٢) في (خ): (فينظر).
(٣) ساقط من (ب).
(٤) في (ب): (لهذا).
(٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٠٦.
(٦) في (خ): (بذلك).
(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٥/ ٥٠٥.
(٨) في (خ): (العين).
(٩) ساقط من (خ).
(١٠) في (خ): (وقعت).
(١١) كلمة غير مقروءة في (ب).

وقد قِيل في الفَرْق بينهما: إنَّ كناياتِ[1] الطّلاقِ لم تُؤْخَذْ[2] بالقِياسِ، وإنَّما أُخِذَتْ بالسُّنّةِ[3]، وهو قوله: اِلْحَقِي بأَهْلِك، [وحَبْلُك على غارِبِكِ][4]، وغيرُ ذلك، وليس كذلك الأيمانُ باللهِ تعالى؛ فلِهذا افترقا.

***

[في تداعي أخوين دارًا في يدِ رَجلٍ أقرّ بنصفِها لأحدِهما]

(٨٠٨): مَسْألة

إذا تَداعَى أخوانِ دارًا في يَدِ رَجُلٍ، فأَقَرَّ بنصفِها لأحدِهما؛ كان[5] ذلك بينهما إذا عَزَيَا الدّعْوى إلى جِهَةٍ واحدةٍ، وتَساوَيا في الدَّعْوى[6].

ولو مات رَجُلٌ وله دَيْنٌ على رجلٍ[7]، وله به شاهدٌ واحدٌ، وخَلَّف ابنَيْن؛ كان لهما أن يَحْلِفَا مع شاهدِهما، فإن حَلَفا معًا اسْتَحقّا الدَّيْن وكان بينهما، وإن امْتَنَع أحدُهما من اليَمِينِ، وحَلَف الآخرُ، أَخَذ حِصَّتَه ولا يُشارِكُه أخوه فيها[8].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الأخَ هذا[9] أَسْقَط حَقَّه بنُكولِه عن اليمينِ، فلِهذا لم يَسْتَحِقَّ مُشاركةَ الأخِ؛ لأنَّ أَخاه يَصِيرُ كأنَّه اكْتَسب هذا بفِعْلِه. [خ ١٩٨/أ]

---

(١) في (ب) : (إيمانات) كذا. (٢) في (خ) : (توجد).

(٣) في (خ) : (بالشبه).

(٤) ساقط من (خ).

حبلك على غاربك معناه: امضي حيث شئت، يعبر به عما لا قائد لها، فإنها تذهب، إذ لا ممسك لها، وأصله: أن البعير إذا أطلق نزل حبله على غاربه، والغارب: ما بين السّنام والعنق. «النظم المستعذب»: ٢/ ١٦٨.

(٥) في (ب) : (فإن كان).

(٦) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٢٠، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٣/ ١٩٦، والعزيز شرح الوجيز: ١٠/ ٣٣٠.

(٧) في (خ) : (إنسان). (٨) انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٤١٤.

(٩) في (خ) : (هاهنا).

وليس كذلك في مسألةِ الدَّعْوى؛ فإنَّهما أضافا ما ادّعياه إليهما وتساويا في التَّدَاعي؛ فلِهذا كان ما أقرَّ به بينهما[١].

***

[فيمَن سَرَقَ نِصابًا، ثم نَقَصَت قيمتُه، وفي رجوعِ الشهودِ قبل الحُكمِ]

(٨٠٩): مَسْألة

إذا أَخْرج نِصابًا من الحِرْزِ، ثم نَقَصَتْ قيمتُه بعد ذلك؛ لم يَسْقُطِ القَطْعُ[٢]، ولو رَجَعَ الشُّهودُ قبل الحُكْم أو فُسِّقُوا؛ لم [يكنْ للحاكِمِ أن يَحكُمَ بشهادتِهما][٣].

والفرقُ: هو أنَّا قد تَحَقَّقْنَا وُجوبَ القَطْعِ حين أَخْرج نِصابًا من الحِرْزِ فنقصانُه بعد ذلك لا يُؤَثِّرُ فيما تُيُقِّنَ وجوبُه، وليس كذلك رجوعُ الشّهودِ؛ لأنَّه يُوجِبُ شُبْهةً فيما شَهِدُوا به، فلم يَتَحقَّقِ الحاكمُ ما يَحْكُم به؛ فلِهذا فُرّق بينهما.

***

[في فسقِ الشهودِ قبل حُكْمِ الحاكمِ أو بعده]

(٨١٠): مَسْألة

ولو فُسِّقَ الشُّهودُ بعد الحُكْمِ بشهادتِهم[٤]؛ لم [يُنْتَقَضِ الحُكْمُ][٥].

ولو كان هذا قبل الحُكْمِ؛ لم يَجُزِ الحُكْمُ بشهادتِهم؛ لأنَّ فِسْقَهم بعد الحُكْمِ يجوزُ أن يكونَ موجودًا قبل [ذلك][٦]، ويجوزُ أن يكونَ

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ٧٩، ٨٠.

(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٧٠.

(٣) في (خ): (يحكم بشهادتهم)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ٢٥٣، و«المهذب» ٣/ ٤٦٤.

(٤) في (ب): (بشهادتهما).

(٥) في (خ): (ينقض الحاكم حكمه).

(٦) ساقط من (ب).

حَدَثَ بعد ذلك، فلم يُنْتقض[1] ما قد ثَبَتَ بأمرٍ مَظْنونٍ[2]، وليس كذلك [ما][3] قَبْلَ الحُكْمِ[4].

وأمّا إذا حَكَمَ بشهادةِ شاهدَيْن، ثم بان أنّهما عَبْدان، فإنّه يُنْتَقَضُ[1] الحُكْمُ بخِلافِ ما لو ظَهَر فِسْقُهما حالَ الشّهادةِ على أحدِ القولَيْن؛ [لأنَّ الفِسْقَ][3] أَمْرٌ[5] مُجْتَهَدٌ فيه؛ فلِهذا لم يُنْتَقَضِ[1] الحُكْمُ.

وليس كذلك شهادةُ العَبْدِ؛ لأنَّ ذلك غيرُ جائزٍ من جهةِ النّصِّ[6]؛ فلِهذا انْتُقِضَ[7]، فافترقا[8] لذلك، **والصَّحيحُ**: أنَّهما كالعبدَيْن[9].

[ب١١٦/ ب]

***

(٨١١): مَسْألة

[في رجوعِ الشهودِ عن الشهادةِ]

إذا[10] رَجَع الشُّهودُ عن الشَّهادةِ، وكان ذلك في قَتْلٍ، وقد حَكَمَ الحاكمُ بالقَتْلِ وقُتِلَ المَشْهودُ عليه، نظرت، فإنْ قال الشُّهودُ [بأَجْمعِهم][3]: تَعمَّدْنا ذلك وَجَبَ عليهم القِصاصُ[11].

فإن قال بعضُهم: تَعَمَّدْتُ وتَعَمَّدَ أصحابي، وأَنكَر أصحابُه؛ وَجَبَ القِصاصُ على المُقِرِّ.

[خ ١٩٨/ ب]

(١) في (خ): (ينقض).

(٢) في (خ): (مطعون).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٦٨.

(٥) في (ب): (أي).

(٦) في (ب): (النقص).

(٧) في (خ): (نص).

(٨) في (ب): (وافترق).

(٩) انظر: «الأم»: ٨/ ١٣٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٢٢، و«الحاوي الكبير»: ١٧/ ٢٧٢، ومنهاج الطالبين: ١/ ٣٤٦.

(١٠) في (خ): (لو).

(١١) انظر: «الأم»: ٨/ ٤٦٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٢١، و«المهذب» ٣/ ٤٦٤.

وإن قال: تَعَمَّدْتُ، وأَخْطَأ أصحابي، فلا قِصاصَ عليه؛ لأنَّه يَصِيرُ كعامِدٍ شَارَكَ خاطِئًا في القتلِ، والعامِدُ إذا شاركَ الخاطِئَ[1]؛ لم يَجِبْ عليه القِصاصُ، وليس كذلكَ في المَسْألةِ قبلها.

فإن قال: أَخْطَأْتُ وَجَبت الدّيةُ عليه في مالِه، ولم تَتَحمّلْه العاقلةُ بخِلافِ ما لو قَتَل خَطَأً، لأنَّ الدِّيَةَ وجبَتْ في الشَّهادةِ بإقرارِه، والعاقلةُ لا تَتَحمّلُ ما وَجَب بالاعترافِ، وليس كذلك[2] فيه إذا قَتل خطأً؛ فلِهذا افْتَرقا[3].

فإن قيل: فلِمَ لا تُوجِبُوا[4] القَوَدَ على الحاكمِ[5]، كما أَوجَبْتَه على [المُباشِرِ دون][6] الماسِكِ، وهَلَّا[7] كان الشُّهودُ بمنزلةِ الماسِكِ.

قيل: بينهما فرقٌ: وذلك أنَّ الشُّهودَ أَلْجَأوا الحاكِمَ إلى ذلك، فلِهَذا وَجَب عليهم القَوَدُ دونه، وليس كذلك حالُ المُباشِرِ مع [حالِ][6] المُمْسِكِ، وهذا هو الأَصْلُ أنَّه مَتَى اجْتَمع سَبَبٌ مُلْجِئٌ [ومُباشرةٌ][8] تَعلّق الضَّمانُ بالسّبَبِ المُلْجِئِ، وإذا لم يكنْ [السَّببُ][6] مُلْجِئًا؛ تعلّق الضَّمانُ بالمُباشِرِ، ولا يَلزَمُ على هذا المُحْرِمُ إذا أَمْسَك صيدًا فذَبَحه حلالٌ حيث كان المُمْسِكُ ضَمانٌ؛ لأنَّ الصَيْدَ يُضْمَنُ باليَدِ؛ فلِهذا افْتَرقا.

وإن كان الذَّابحُ أيضًا مُحْرِمًا، ففي الجزاءِ وَجْهان:

أحدُهما: أنَّه على الذّابحِ.

والثاني: أنَّهما شَرِيكان في الجَزاءِ.

---

(١) في (خ): (المخطئ).

(٢) في (ب): (ذلك).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ٢٥٦-٢٥٨.

(٤) في (خ): (يوجب).

(٥) في (ب): (المباشر).

(٦) ساقط من (ب).

(٧) في (خ): (وهل).

(٨) في (ب): (مباشرة).

وأمَّا إذا كان الشُّهودُ شَهِدوا على رَجلٍ بالطّلاقِ، ثم رَجَعُوا بعد ما حَكَم الحاكِمُ بالفُرْقةِ بشهادتِهما، فإنَّ الفُرْقةَ قد وَقَعَتْ ولا تعودُ الزَّوْجِيةُ برجوعِهما[1]، [وبماذا][2] يَرْجعُ [الزَّوجُ][3] عليهما؛ نَظَرْتُ فإن كان بعد الدُّخولِ رَجَع الزَّوْجُ عليهم بكمالِ [مَهْرِ المِثْلِ][4]، وإن كان [بعد الدُّخولِ][5]؛ ففيه قَوْلان: [خ ١٩٩/أ]

أحدُهما: أنَّه يَرْجِعُ عليهما بنصفِ المَهْرِ.

ويُفارِقُ ما بعد الدُّخولِ، لأنَّهما قبل الدُّخولِ لم يُتْلِفَا عليه كَمالَ البُضْعِ، **ألا تَرَى** أنَّه لو طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ؛ لم يكنْ عليه إلَّا نِصْفُ [المهرِ][6]، وليس كذلك ما بعد الدُّخولِ؛ لأنَّهما أَتْلَفا عليه كمالَ البُضْعِ؛ فلِهذا رَجَع عليهما بكمالِ البَدَلِ.

والقولُ[7] **الثاني**: أنَّه يَرْجِعُ عليهما بكمالِ المَهْرِ[8].

وقد قال في كتابِ الرَّضاعِ: إذا أَرْضعَتِ امرأةٌ له كبيرةٌ، أو بَعْضُ مَحارِمِه امرأةً صغيرةً [له][3] خَمْسَ رَضَعاتٍ؛ فإنَّه يَرْجِعُ على المُرْضِعةِ بنِصْفِ مَهْرِ مِثْلِ الصَّغيرةِ[9].

وتُفارِق هذه المسألةَ: هو أنَّ الشُّهودَ أَحالُوا بين الزَّوجِ وبين بُضْعِ امرأتِه وأَتْلَفاهُ عليه؛ فلِهذا لَزِمَهما كمالُ البَدَلِ، وليس كذلك في الرَّضاعِ؛ لأنَّ المُرْضِعةَ لم تُتْلِفْ عليه كمالَ البُضْعِ؛ فلِهذا افْتَرقا.

---

(١) في (خ): (برجوعها).
(٢) في (ب): (لما).
(٣) ساقط من (ب).
(٤) في (خ): (المهر المثلي).
(٥) في (ب): (قبل).
(٦) ساقط من (خ).
(٧) في (ب): (والفرق).
(٨) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٢١، و«الحاوي الكبير»: ١٧/ ٢٦٢، ٢٦٣.
(٩) انظر: «الأم»: ٦/ ٩٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٣٣.

فأمّا إذا كان المشهودُ به مالًا، كعبدٍ أو دارٍ، ثم رَجَعُوا عن الشَّهادةِ بعد الحُكْمِ، فإنَّه لا يُنْقَضُ، ولا يَجِبُ على [المشهودِ له][1] رَدُّ ما أَخَذ، ولا يلزمُهما ضَمانٌ في أحدِ القولَيْن[2]. [ب ١١٧/أ]

ويُفارِقُ غيرَه؛ لأنَّهما لمّا لم يَضْمَنا العَيْنَ مع بقائِها؛ [ولأنَّ الإنسانَ إنَّما يَضْمَنُ قيمةَ الشيءِ إمّا بالإتلافِ أو باليدِ ولا إتلافَ في هؤلاءِ ولا يدَ لهم][3]، فلَم يَلْزَمْهم الضَّمانُ، وليس كذلك ما عدا [الأموالَ][4]؛ فلِهذا افْتَرقا.

فإن شَهِدوا بعِتْقٍ وأَنْفَذَ الحاكِمُ حُكْمَه بشهادتِهما؛ فأَوقَع العِتْقَ، ثم رَجَعُوا عن الشّهادةِ، فإنَّ الرِّقَّ لا يعودُ، ولكن يَلْزَمُهم قيمةُ العبدِ بالسَّويّةِ؛ لأنَّهم اشْتَركوا في الإتلافِ وحالوا بينه وبين مالِه بغيرِ حَقٍّ، فكان كما [لو][5] غَصَبُوه، ولا فَرْقَ بين العَمْدِ والخَطَأِ في ذلك.

***

[فيمَن أَفلَت صيدًا من يدِ مُحرِمٍ، أو ذَبح أُضحِيَةً لآخرَ]

(٨١٢): مَسألة

إذا أَحْرَم وفي يدِه صَيْدٌ؛ لَزِمَه إرسالُه في أحدِ القولَيْن[6]، فإن هو لم يَفْعل، وجاء رَجُلٌ فأَفْلتَه من يدِه؛ لم يَلْزَمْه شيءٌ، أَعْني المُرْسِلَ له.

ولو أَوْجَبَ على نفسِه أُضْحيةً مُعَيّنةً، فجاء رجلٌ فذَبَحها بغيرِ إذنِه؛ كان عليه ضَمانُ ما نَقَصَ مِن قيمتِها. [خ ١٩٩/ب]

---

(١) في (ب): (الشهود).
(٢) في (ب): (الوجهين).
(٣) في (خ): (لم يضمناها مع تلفها).
(٤) ساقط من (خ).
(٥) ساقط من (ب).
(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٤/ ٣١٧، و«نهاية المطلب» ٤/ ٤٠٩.

والفرقُ [بينهما][1]: هو أنَّ [في][2] الأُضْحيةِ قد أتْلَف [عليه][1] أمرًا مقصودًا، وهو الذَّبْحُ وفَوَّته عليه، فلِهذا كان عليه الضَّمانُ، كما لو جَرَحها[3]، وليس كذلك [في][1] مَسْألةِ الصَّيْدِ؛ لأنَّ[4] المُحْرِمَ قد تَعيَّنَ عليه إرسالُه، وهو مأمورٌ بتَخْليتِه في هذه الحالةِ، فلم يُفَوِّتْ عليه المُرْسِلُ له شيئًا؛ فلِهذا لم يَكُنْ عليه ضمانٌ [في ذلك][5]، واللهُ أعلمُ.

***

(٨١٣): مَسْألة

[في سرايةِ جُرحِ المسلمِ يرتدُّ ثم يعودُ إلى الإسلامِ، وفي الذميِّ يَقطَعُ يدَ مُستأمَنٍ]

ولو جَرَح رجلٌ مُسْلِمًا، فارْتَدَّ المجروحُ، ثم عاد إلى الإسلامِ، ومات من السِّرايةِ، فلا قَوَدَ على الجاني في بعضِ الأقوالِ[6].

ولو قَطَع نَصْرانِيٌّ يدَ مُسْتأْمَنٍ، فنَقَضَ الأمانَ، ولَحِقَ بدارِ الحَرْبِ، ثم رَجَع إلينا [بأمانٍ][1]، ومات من الجِنايةِ؛ كان على القاطعِ القَوَدُ في أحدِ الوجهَيْن[7].

والفرقُ بينه وبين المسألةِ قبلها: أنَّ المجروحَ هناك انْتَقل من دِينِ حَقٍّ إلى دِينٍ باطلٍ، فلِذلك سَقَط القَوَدُ عن الجاني، وإن رَجَع إلى الإسلام؛ لأنَّه غَيّرَ دِينَه، وليس كذلك المُسْتأمَنُ؛ لأنَّه لم يُغيِّرْ دِينَه؛ فلِهذا افْترقا.

وأمّا إذا رَمَى المُحْرِمُ سهمَه على صَيْدٍ في الحِلِّ، ثم تَحَلَّلَ [من إحرامِه قبل الإصابةِ، وأصابَ السَّهْمُ الصَّيدَ؛ فالضَّمانُ عليه.

---

(١) ساقط من (ب). (٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) في (ب): (أجرحها). (٤) في (ب): (فإن). (٥) ساقط من (خ).

(٦) انظر: «الأم»: ٧/ ١١٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٤٤.

(٧) انظر: «الأم»: ٧/ ١١٥، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٧/ ١٥، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١١/ ٣١٣.

والفرقُ: هو أنَّ الصَّيدَ لم يُوجَدْ منه][1] حالةٌ يُباحُ فيها دَمُه من جهتِه، وإنَّما تغيرَت حالَ الجاني لا حالَ المَجْنِي عليه، فلِهذا فارَقَ [مسألَةَ][1] المُسْتأمَنِ والمُرْتَدِّ.

ولو أَخذ حُرًّا صغيرًا، فحَبَسه وأَطْعمَه، وسَقاهُ، فمات؛ لم يكنْ عليه شَيْءٌ[2]، بخِلافِ المُحْرِمِ في الصَّيْدِ، لو فَعَل [به][3] ذلك؛ لأنَّ الصَّيدَ يُضْمنُ باليَدِ، وليس كذلك الحُرُّ؛ فلِهذا افترقا. [خ ٢٠٠/أ]

***

(٨١٤): مَسْأَلَة

[في المسبيةِ تُسْلِمُ ثُمَّ تَرتَدُّ]

إذا أَخْرجَ المُصلِّي نفسَه من صلاةِ الإمامِ، وأَتَمَّ الصَّلاةَ لنفسِه؛ جاز ذلك على أحدِ القولَيْن[4].

ولو سُبِيَتْ أَمَةٌ في الشِّرْكِ، فأَسْلمَتْ في يدِ السّابِي، ثم ارْتَدّت، فإنَّها تُقْتَلُ.

فإن قيل: فما الفرقُ بينهما؟

قيل: الفرقُ بينهما: هو أنَّ المُصَلِّي لم يَسْتَفِدْ بالصّلاةِ مع الإمامِ[5] جوازَ الصلاةِ، وإنَّما اسْتَفادَ فضيلةَ الجماعةِ، فلِهذا إذا[6] أَخْرَج نفسَه من صلاةِ الإمامِ؛ لم تَبطُلْ عليه بذلك إلَّا ما استفادَه بالصَّلاةِ معه، وهي الجماعةُ. [ب ١١٧/ب]

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٨٠.

(٣) ساقط من (خ).

(٤) انظر: «الأم»: ٢/ ٣٥٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ١١٧، و«الحاوي الكبير»: ٢/ ٣٤٨، ٣٤٩.

(٥) في (ب): (المصلي).

(٦) في (ب): (لما).

وأمّا جوازُ الصَّلاةِ، فلم يَستَفِدْه بصلاتِه مع الإمامِ؛ فلِهذا لم تَبْطُل صلاتُه.

وليس كذلك في [الأَمَةِ][1] [المُشْرِكةِ][2]؛ [لأنَّها][1] إذا أَسْلمت فقد استَفادَتْ[3] ما لم تكُنْ مُستفِيدةً له، فإذا ارْتَدَّت، فقد أَبطَلَتْ بالرِّدّةِ ما استفادَتْه[4] بالإسلامِ، وهو الاعتقادُ بكونِ الإسلامِ حقًّا؛ فلِهذا وَجَب قتلُها.

***

(٨١٥): مَسألة

[في القاضي يَكتبُ إلى القاضي ثم فُسِّق]

إذا كَتَب قاضٍ إلى قاضٍ، ففُسِّق الكاتِبُ قبل وصولِ الكِتابِ إلى الثاني، نَظَرْت، [فإن كان كَتَب بشَيْءٍ][5] حَكَم فيه؛ لم يُؤَثِّرْ [فيه][2] فِسْقُه، وجاز للمكتوبِ إليه أنْ يَعْمَلَ على الكِتابِ، وإن [كان][1] كَتَب إليه بشيءٍ ثَبَتَ عنده؛ لم يَجُزْ للثاني أنْ يَحْكمَ [به][2] [ولا يَعْمَلَ على الكِتابِ][1].

والفرقُ بينهما: هو أنّه إذا كَتَب[6] شيئًا[7] قد ثَبَت عنده كان مُخبِرًا بذلك، والمُخْبِرُ إذا فُسِّقَ قبلَ العملِ[8] بخَبَرِه؛ لم يَجُزْ قبولُه[9].

وليس كذلك فيه إذا كان المكتوبُ في شيءٍ قد حُكِمَ به؛ لأنَّ ذلك ليس بإخبارٍ، إنَّما هو كتابُ الحُكْمِ، فصار بمنزلةِ الشّهودِ إذا فُسِّقُوا

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) ساقط من (خ).
(٣) في (خ): (استفادت الإسلام).
(٤) في (ب): (استفادت).
(٥) في (ب): (لأي شيء).
(٦) في (ب): (كتب شيئا، لم يحكم به بل ثبت عنده، فإن كتب).
(٧) في (خ): (بشيء).
(٨) في (ب): (العلم)، والمثبت موافق لما في «المهذب».
(٩) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٠٢.

[خ ٢٠٠/ب]

بعد الحُكْمِ بشهادتِهم، فإنَّ الحاكمَ لا يَنْقُضُ حُكمَه[١]، ولو فُسِّقُوا قبلَ الحُكْمِ؛ [لم][٢] [نُجزِ الحُكْمَ][٣] بشهادتِهم، كذلك هاهُنا مِثْلُه.

***

(٨١٦): مَسْأَلَة

[في شهادةِ المرضعةِ في الرَّضاعِ، والقاسمِ في القِسْمةِ]

يُقال: لِمَ[٤] قَبِلْتُم شهادةَ المُرضِعةِ في الرَّضاعِ[٥]، ولم تَقْبلوا شهادةَ القاسِمِ[٦] إذا قَسَمَ بين اثنَيْن[٧]، ثم اخْتَلَفَا بعدَ ذلك، فشَهِد القاسمُ لأحِدهما، قُلْتُم: لا تُقبَل؟

قُلنا: الفرقُ بينهما: أنَّ القاسِمَ يَشهَدُ على فِعْله[٨]، وفي قبولِ ذلك تزكيةٌ لنفسِه[٩]، فلَحِقته التُّهَمَةُ في ذلك، وقبولُ شهادةِ المُرْضِعةِ ليس فيها تَزْكيةٌ، فانتفَتْ عنها التُّهمةُ في ذلك.

وأيضًا: فإنَّ شهادةَ الإنسانِ على فِعْلِه غيرُ مقبولةٍ، وليس كذلك شهادةُ المُرْضِعةِ؛ لأنَّها تَشهَدُ على فِعْلِ الغَيْرِ، وهو المُرْضَعُ، فدلّ على ما ذكَرْناه[١٠].

ومِثْل هذا [إذا][٣] اختلف المُشْتري والشَّفيعُ[١١] في قَدْرِ الثَّمَنِ، ولا بيِّنةَ لواحِدٍ منهما، فإنَّ شهادةَ البائعِ لا تُقبَلُ؛ لأنَّها شهادةٌ على فِعْلِه.

***

(١) في (ب): (حكمهم).
(٢) زيادة يقتضيها السياق، انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٣/ ٤٠٩.
(٣) ساقط من (ب).
(٤) بعده في (خ): (قلتم).
(٥) انظر: «الأم»: ٦/ ٩٥، و«مختصر المزني»: ٨/ ٣٣٥.
(٦) في (خ): (الفاسق).
(٧) في (ب): (الشيئين).
(٨) في (ب): (صالة).
(٩) في (خ): (نفسه).
(١٠) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٤٠٤، ٤٠٥.
(١١) في (خ): (والمبيع).

(٨١٧): مَسْألة

[في قبولِ الدعوى المجهولةِ]

يُقال: لِمَ قبلتُم[١] الدَّعْوى إذا كانت مَجْهولةً في الوَصِيةِ وسمِعْتُموها ولم تَقْبلوا ذلك في سائرِ الدَّعاوى[٢]؟

قيل [لهم][٣]: **الفرقُ بينهما**: هو أنَّه[٤] لمَّا جازَ تمليكُ[٥] المجهولِ بها؛ جازَ سماعُ دَعْوى المجهولِ فيها[٦]، وليس كذلك سائرُ الدّعاوى؛ لأنَّه لا يجوزُ تمليكُ المجهولِ فيها بشَيءٍ [منها][٣]؛ فلِذلك لم تُسمَعِ الدَّعوى فيها مَجهولةً.

***

(٨١٨): مَسْألة

[في استحلافِ المُدعِي يُقيمُ بينةً عادلةً]

ولا يُسْتحلَفُ المُدَّعِي [إذا أقام][٧] بيّنةً عادلةً مع شُهودِه على ما يَدَّعيه في شيءٍ من الأحكامِ والدّعاوَى[٨]، إلَّا أن يَدّعِيَ على غائب، أو على من لا يُعَبِّرُ عن نفسِه، كالمجنونِ والطِّفلِ، فإنَّه يُسْتحلَفُ[٩] في هذه المواضعِ مع شهودِه[١٠].

والفرقُ بينهما: هو أنَّه مُتّهَمٌ في دَعْواه على هؤلاءِ؛ فاحْتَطْنا لهم بأن استحلَفْناهُ مع الشُّهودِ [لجوازِ أن][١١] يكونَ قد وَفَّى الحقَّ المُدَّعَى

[ب ١١٨/أ]

---

(١) في (ج): (قلتم).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ٣٠٩.
(٣) ساقط من (خ).
(٤) في (خ): (أنّ الوصية).
(٥) في (ب): (تمليكات).
(٦) انظر: «المهذب» ٣/ ٣٤٣.
(٧) في (ب): (أو الإمام)، تصحيف.
(٨) انظر: «الأم»: ٨/ ٢٩٣.
(٩) في (ب): (لا يستحلف)، والمثبت موافق لما في «البيان»، للعمراني.
(١٠) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٣/ ١٠٨، و١٠٩.
(١١) في (خ): (نحو أردت).

عليه، أو أُبْرِئَ[١] منه، فلا يُؤمَنُ أن يُطالِبَ[٢] باليمينِ، وكذلك الطِّفْلُ والمجنونُ، فاستحلفْناهُ احتِياطًا لجوازِ[٣] أن يَدَّعوه إذا حَضَر الغائبُ أو بَلَغ الطِّفْلُ[٤]، أو أفاقَ المجنونُ، وليس كذلك غيرُهم؛ [لأنَّه][٥] لا تُهَمَةَ هناك، إذ ثَمَّ مَن يُعبِّرُ عن نفسِه، ويُخاصِمُه ويُعِيبُه؛ فلِهذا افترقا.

***

[في كثرةِ الشهودِ في الشهادةِ والرواةِ في الأخبارِ]

(٨١٩): مسألة

ولا يُرجَّحُ بكثرةِ الشُّهودِ، فإذا أقام أحدُ المُتداعيَيْن شاهدَيْن، والآخرُ عَشرةً [مَثَلًا][٦]؛ فهُما سَواءٌ، وهكذا لو كانَتْ [إحدى][٦] البيِّنتَيْن أكثرَ عدالةٍ من الأُخرى، فهما سَواءٌ، [ولا مَزِيّةَ][٧] لإحداهما على الأُخرى[٨].

ويُفارقُ الأَخْبارَ حيث رَجَّحْنا بكثرةِ الرُّواةِ وكثرةِ العدالةِ؛ لأنَّ الشهودَ قد وَرَد النَّصُّ فيهم بعددٍ معلومٍ، وإذا كان كذلك، فلا مَزِيّةَ لكثرةِ العددِ؛ لأنَّه لا فائدةَ فيه إذا وُجِد المنصوصُ عليه[٩].

وليس كذلك رواةُ الأخبارِ؛ لأنَّه لم يُنَصَّ فيهم[١٠] على عددٍ معلومٍ؛

---

(١) في (ب) : (برئ).

(٢) في (ب) : (يطلب).

(٣) في (ب) : (بجواز).

(٤) في (ب) : (الصبي الطفل).

(٥) ساقط من (ب) .

(٦) ساقط من (خ) .

(٧) في النسختين : (والأمر به)، ولعل ما أثبتناه هو الصواب.

(٨) انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٤٢٣.

(٩) يعني: المنصوص عليه في قوله عز وجل: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وبقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، انظر : «الحاوي الكبير» : ١٧/ ٣٠٧.

(١٠) في (خ) : (فيها).

فلِهـذا كان قَـوْلُ[١] مَـن كَثُـرَت روايتُـه أَوْلَـى؛ لأنَّـه أَقْـوَى في غَلَبَـةِ الظَّـنِّ، وآكَـدُ مـن غيـرِه، وإذا كان كذلـك بـانَ الفـرقُ بينهمـا.

***

(٨٢٠): مَسْأَلة

[فيما إذا أقرَّ بحقٍّ، ثم وَصَل كلامُه بما يُسقِطُه]

وإذا ادَّعَى عليه بمِائَةٍ فأقرَّ بها، وقـال: قَضَيْتُه إياها موصـولًا بكلامِـه، فهـل يُقبَلُ ذلـك [منه][٢]، أم لا؟ فيـه قـولان:

أحدُهما: يُقبَلُ.

والثاني: لا يُقبَلُ[٣].

ويُفـارِق إذا ادّعـى عليـه [مِائـةً][٢]، وأقـام بيِّنـةً، فقـال: صَدَقَـتِ البيِّنـةُ، ولكنـي قَضَيتُـه إياهـا، فإنَّـه لا يُقبَلُ؛ لأنَّ البيِّنـةَ [تُثبِتُ الحَقَّ عليـه][٤] بقَـوْلِ الغَيْـرِ، فلِهـذا إذا ادَّعَـى القضـاءَ؛ لـم يُقبَـلْ، وليس كذلـك في الإقـرارِ؛ لأنَّـه أَثْبَـتَ الحـقَّ بإقـرارِه فهـو غيـرُ مُتَّهَـمٍ في قضائِـه؛ فلِهـذا قُبِـل.

[خ ٢٠١/ ب]

ولأنَّـه قـد فُـرِّقَ في الأُصـولِ بيـن ثُبـوتِ الحَـقِّ بالبيِّنـةِ، وبيـن ثُبوتِـه بالإقـرارِ، لأنَّـه لـو قامَـتْ بيِّنـةٌ بألـفٍ، فقـال: صَدَقَـتِ البيِّنـةُ، ولكنَّهـا أَلْـفٌ إلَّا خَمْسَـمِائةٍ؛ لـم يُقبَـلْ، فـإن [قـال][٢]: لـه علـيَّ ألـفٌ إلَّا خمسَـمِائةٍ؛ قُبِـل؛ فلِهـذا افترقـا.

***

(٨٢١): مَسْأَلة

[فيما إذا قال: له في ميراثي حقٌّ، أو له من داري هذه نصفُها]

إذا قـال: لـه في ميراثـي حَـقٌّ، أو في ميراثـي مـن أَبِـي حَـقٌّ؛ كان [لـه][٢] ذلـك عنـده، فـإن قـال: لـه في ميراثِ أَبِـي حَـقٌّ؛ كان ذلـك إقـرارًا علـى أبيـه.

---

(١) في (خ): (قولي).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٨٠.

(٤) في (خ): (ثبت على الحق).

وهكذا لو قال: له من داري هذه [(١) نِصْفُها أو رُبْعُها؛ كان ذلك عنده، وإن قال: له من هذه الدَّارِ نِصْفُها أو رُبْعُها؛ كان إقرارًا.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا قال له: في مِيراثي أو داري، فقد أضافَ جميعَ ذلك إلى نفسِه(٢)، فكذلك قُلْنا: يكونُ ذلك عنده، وليس كذلك قولُه: من مِيراثِ أَبِي، أو من هذه(٣)] الدَّارِ؛ لأنَّ ذلك لم يُضِفْهُ إلى نفسِه، فيُحتمَلُ أن يكونَ له من هذه الدَّارِ النِّصفُ، والنِّصْفُ [الآخرُ لي](٤)، وكذلك(٥) قولُه من ميراثِ أَبِي، فقد أضاف ذلك إلى أبيه، فلِذلك(٦) كان إقرارًا، فبان الفرقُ بينهما.

***

[في قولِه: لفلانٍ عليَّ دِرهَمٌ ودِرهَمٌ ودِرهَمٌ، أو أنتِ طالِقٌ وطالِقٌ وطالِقٌ]

(٨٢٢): مَسْأَلَةٌ

فإن قال: لفلانٍ [عليّ](٧) دِرْهمٌ ودرهمٌ [ودرهمٌ](٧)؛ كان إقرارًا بثلاثةِ دراهِمَ، وإن قال لها: أنتِ طالِقٌ [وطالِقٌ وطالِقٌ](٨)، ولا نيَّةَ له؛ رُجِع [إليه](٩) في الثالثةِ.

والفرقُ: هو أنَّه في الإقرارِ مُخْبِرٌ عمّا(١٠) هو واجبٌ عليه في ذمتِه؛ فلِهذا لَزِمَه حُكْمُ جميعِ ما أَخبرَ به، وليس كذلك في الطلاقِ، فإنَّه إيقاعٌ وإزالةُ المِلْكِ في الحالِ، وليس بإخبارٍ عن شَيْءٍ قد وَجَبَ؛ فلِذلك لم يَلْزَمْه الثَّلاثُ(١١)، وإذا كان كذلك دَلّ على ما ذكرناه.

[ب ١١٨/ب]

***

(١) بداية سقط من (ب).
(٢) انظر: «الأم»: ٧/ ٥٤٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢١٣.
(٣) نهاية السقط من (خ).
(٤) في (خ): (من الأخرى).
(٥) في (خ): (وذلك).
(٦) في (خ): (وكذلك).
(٧) ساقط من (خ).
(٨) في (ب): (أنت طالق)، والمثبت موافق لما في «المهذب».
(٩) ساقط من (ب).
(١٠) في (ب): (عاد)، تصحيف.
(١١) في (خ): (الثالثة).

(٨٢٣): مَسْألة

[في رَجلين ادّعيا على ثالثٍ أنّه باع مِن كُلٍّ منهما هذه الدارَ]

إذا ادَّعَى رَجلان على رَجلٍ أنَّه بَاعَ مِن كلٍّ واحدٍ منهما هذه الدارَ، نَظرتُ، [فإن كانت مع أحدِهما بيِّنةٌ][1]؛ حُكِمَ [له][2] بها، وسَقط دَعْوَى الآخرِ.

وإن كان مع كلِّ واحدٍ منهما [بيِّنةٌ][1]؛ نَظرتُ، فإن كانَتا مُؤَرَّخَتَيْن [تأْرِيخًا][1] مُختلِفًا، فالتي شَهِدت بالتَّقْدُّم[3] أَوْلَى.

[خ ٢٠٢/أ]

فإن كانتا مُطْلَقتَيْن، أو أحدُهما مُؤَرَّخةٌ، والأُخْرَى مُطْلَقةٌ أو كانتا مُؤَرّخَتين تَأْرِيخًا واحدًا؛ [فهما بَيِّنَتان][1] مُتعارضتان، وفي البَيِّنَتَيْن إذا تعارضَتا قولان:

أحدُهما: يَسْقطان، فيكونُ الحكمُ فيه، كما [لو][1] لم يكنْ [هناك][1] بيِّنةٌ، ونَنظُرُ، فإن كان الشَّيءُ في يدِ البائع، حَلَف لكُلِّ واحدٍ منهما يمينًا، وإن كان الشَّيءُ في يدِ أحدِهما؛ كان القولُ[4] قولَه، وحَلَف البائعُ للآخرِ.

وإن كان يَدَيْهما كان لكلِّ واحدٍ منهما النِّصفُ، فإن صَدَّق البائعُ أحدَهما في هذه المواضعِ؛ لم يُرَجّحْ[5] بقولِه ولا يُلْتَفتُ إلى ذلك على ظاهرِ المَذْهب[6].

وقال أبو العبَّاسِ: يُرَجَّحُ بقولِه[7]، [كما لو][8] تَداعَى رَجلان على

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) ساقط من (خ).
(٣) في (خ): (بالتقديم).
(٤) في (خ): (الفرق).
(٥) في (خ): (يرجع).
(٦) عزاه الشيرازي لأكثر الأصحاب، انظر: «المهذب» ٣/ ٤١٧.
(٧) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ١٣/ ١٨٥.
(٨) في (ب): (أو).

رَجلٍ أنَّه رَهَنَ منهما هذا الشيءَ، فصَدَّق أحدَهما، [(١) قال: فإنَّه يُرجَّحُ بذلكَ، قال: كذلك هاهُنا.

والفرقُ: هو أنَّ في مسألةِ الرَّهْنِ قولان:

أحدُهما](٢): لا يُرجَّحُ بقولِه، فعلى هذا لا كلامَ.

والثاني: يُرجَّحُ(٣).

والفرقُ: هو أنَّ الرَّهْنَ مِلْكُ الراهنِ؛ [فلِهذا](٤) قُبِل قولُه في التَّرجِيحِ بينَ المُتداعيَيْن، وليس كذلك هاهُنا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ يَدَّعِي زَوالَ مِلْكِ البائعِ وانتقالَه إليه؛ فلِهذا لم يرجَّحْ دَعْوى أحدِهما بتَصْدِيقِ البائعِ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له فافترقا.

***

(٨٢٤): مسألة

[في الولدِ يتنازعُه رجلانِ بوطءِ شُبهةٍ، وفي تنازعِ الرَّجلين ولاءُ عبدٍ ولا بينةَ]

[خ ٢٠٢/ب]

إذا اشْتَرك رَجلان في وَطْءِ امرأةٍ بشُبْهةٍ، فأتَتْ بولدٍ يُمْكِن أن يكونَ من كلِّ واحدٍ منهما، فإنَّه [لا يَلْحقُ](٥) بهما، بل يُعْرَضُ على القافَةِ(٦) فأيتهما أَلْحَقَتْه يُلْحَقُ به، فإن لم يكنْ قافةٌ، أو كانت، ولكن اشْتبَه(٧) عليها(٨)؛ [تُرِك](٩) حتى يَبْلغ ويَنْتَسبَ إلى أحدِهما(١٠).

---

(١) بداية سقط من (ب). (٢) نهاية السقط من (ب).

(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ١٠٨. (٤) ساقط من (خ).

(٥) في (ب): (يخلق)، تصحيف.

(٦) القافة: جمع قائف، وهو الذى يعرف الآثار، يقال: قفت أثره: إذا اتبعته، مثل قفوت، أى: اتّبعت، أصله: من القفا، تقول: قفوته، أى: سرت أثره. «النظم المستعذب»: ٢/ ٨٣.

(٧) في (ب): (أشبه). (٨) في (ب): (عليهما). (٩) ساقط من (ب).

(١٠) انظر: «الأم»: ٧/ ٦٠٦، ٦٠٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٢٦.

فإن قيل: أليس لو تَدَاعَى رَجلانِ ولاءَ عبدٍ ،ولا بينةَ أليس يكونُ بينهما، وقد قال النبيُّ ﷺ: «**الوَلاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمةِ النَّسَبِ**»[١]، وإذا جاز ذلك في الوَلاءِ، فهَلَّا جاز في النَّسَبِ مِثْلُه؟

قُلْنا: الفرقُ بينهما: هو أنَّه لمّا صَحّ الاشتراكُ في سببِ[٢] الولاءِ، وهو[٣] المِلْكُ؛ جاز أن يَشْتركا[٤] في نتيجتِه؛ وهو الولاءُ، وليس كذلك هاهُنا؛ لأنَّه لمَّا [لم][٥] يَصِحَّ الاشتراكُ [في سَبَبِ ذلك، وهو النكاحُ والوَطْءُ، لِهذا لم يَصِحَّ الاشتراكُ][٦] في النَّسَبِ، فدلَّ على ما ذكَرْناهُ.

***

(٨٢٥): مَسْأَلَة

[في اللُّقطةِ أو اللقيطِ في يدِ الفاسقِ]

إذا وَجَدَ غيرُ الأمينِ لَقِيطًا[٧]؛ لم يَجُزْ إقرارُه في يده، بل يَنتَزِعُه الحاكمُ وليُسَلِّمَه[٨] إلى أمينٍ ثقةٍ.

ويُفارِق اللُّقَطةَ حيث قُلْنا: يجوزُ أن يَلتَقِطَها الفاسِقُ: [هو أنَّ اللُّقَطةَ طريقُها الكَسْبُ والمِلْكُ، وذلك يَشْتَرِكُ فيه العَدْلُ والفاسِقُ][٥].

وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأنَّ طريقَه[٩] الوِلايةُ والحِفْظُ، [والفاسِقُ ليس من أهلِ الوِلايةِ][١٠]؛ فلِهذا افترقا.

---

(١) تقدم تخريجه أول كتاب المناسك.
(٢) في (ب) : (نسب).
(٣) في (ب) : (وهذا).
(٤) في (خ) : (يشترك).
(٥) ساقط من (خ) .
(٦) ساقط من (ب) .
(٧) في (ب) : (لقيطة).
(٨) في (خ) : (ويسلمه).
(٩) في (ب) : (في طريقه).
(١٠) ساقط من (ب) ، انظر : «المهذب» ٢/ ٣١٤، و«منهاج الطالبين» ص: ١٧٦.

[ب ١١٩/أ] ولِهذا الفرق قُلْنا: إن مَن وَجَد لَقِيطًا [يَجِبُ عليه أن يُشهِدَ][1] على ذلك، بخِلافِ اللُّقَطةِ على أحدِ القولَيْن.

***

(٨٢٦): **مَسْألة**

[في الوقفِ أو الوصيةِ على المجهولِ]

لا يجوزُ الوَقْفُ على مجهولٍ[2]، مِثْلَ: أن يَقولَ: وَقَفْتُ هذا على حَمْلِ[3] فلانٍ، وما[4] أَشْبه ذلك.

ويُفارِقُ الوصيةَ حيث قُلْنا: تَجُوزُ للمجهولِ؛ [مِثْلَ أن يَقُولَ: أَوْصَيْت لحَمْلِ فلانٍ بكذا[5]: هو أن تَمْليكَ المجهولِ][6] لمّا جاز بالوصيةِ؛ جاز أن يَمْلِكَ مجهولٌ[7]، وليس كذلك الوَقْفُ؛ فإنَّه لا يجوزُ تَمْليكُ المجهولِ به؛ ولا يجوزُ وَقْفُه على مجهولٍ.

***

(٨٢٧): **مَسْألة**

[فيمَن استأجر دابةً للحَمْل بعينِها، أو لحَمْلِ شيءٍ بعينِه]

إذا اسْتَأجَر دابةً للحَمْلِ عليها بعَيْنِها، أو للرُّكوبِ؛ [كان له أن يَحْمِلَ عليها ما شاءَ إذا لم يَضُرَّ بها، وهكذا لو استأجرَها لحَمْلِ شيءٍ بعَيْنِه؛ كان له أن يَحْمِلَ][8] عليها ما هو مِثْلُ ذلك الشيءِ، ولو أَرَاد المُؤَجِّرُ[9] أن يأتيَه بدابّةٍ غيرِها؛ لم يكنْ له ذلك.

[خ ٢٠٣/أ] **والفرقُ**: هو أنَّ المُسْتأجِرَ استحقَّ استيفاءَ المَنْفعةِ من هذه الدّابّةِ، فكان له أن يَسْتَوفِيَها[10] بنفسِه، وبغيرِه، [**ألا تَرَى** أنَّه لو ماتَ قام

---

(١) في (خ): (يلزمه الإشهاد).
(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٢٤.
(٣) في (ب): (حملي).
(٤) في (خ): (أو ما).
(٥) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٤٣.
(٦) ساقط من (ب).
(٧) في (ب): (بمجهول).
(٨) في (ب): (فإنه إن حمل).
(٩) في (ب): (المسافر).
(١٠) في (ب): (يستوفيه).

وارثُه مُقامَه؛ فلِهذا جاز أن يَسْتَوْفِيَها بنفسِه وبغيرِه][1]، وليس كذلك الدابّةُ؛ لأنَّه قد تَعلَّقَ حقُّه بعَيْنِ هذه الدّابّةِ، فلم يكنْ للمؤاجِرِ أن يأتيَه بغيرِها[2]، كما لو ماتَتْ، فدلّ على ما ذكرْناهُ.

***

(٨٢٨): مَسْأَلَةٌ

إذا طَلّق واحدةً من نسائِه، ثم نَسِيَها؛ كان عليه أن يُبيِّنَ المُطلَّقةَ، ويُوقَفُ[3] عن وَطْئِهِنَّ، فإن قال: هي هذه طُلِّقَتْ، فإن قال: هذه أو هذه؛ طُلِّقَتْ الاثنتان.

ولو لم يَكُنْ هكذا، بل[4] قال: إِحْداهُما طالِقٌ، أو إِحْدَى نسائي طالِقٌ، [فإنَّه][1] أيضًا يُؤخَذُ بالبيانِ[5]، فإن قال: هي هذه طُلِّقَتْ، فإن قال: هي هذه، أو هذه، لم تُطَلَّقْ إلّا واحدةً.

[قال][6]: **والفرقُ بينهما**: هو أنَّه إذا طَلَّق واحدةً لا يُعَيِّنُها[7]، فإنَّه يُؤخَذُ بعد ذلك بفَرْضِ الطلاقِ ليَفْرِضَه فيمن شاءَ مِنهنَّ، فإذا قال: هي هذه فقد فَرَضَ الطلاقَ فيها[8]؛ فلم يَبْقَ ما يَفْرضُه في غيرِها.

وليس كذلك إذا طَلّق واحدةً بعَيْنِها[9]، ثم اشْتبَهَتْ[10] عليه؛ لأنَّه هاهُنا إنَّما يُؤْخَذُ ببيانِ المُطلّقةِ؛ فلِهذا قُلْنا: إنَّه إذا قال: هي هذه أو

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٧/ ٣٥٢.
(٣) في (ب): (ويقف).
(٤) في (خ): (لكن).
(٥) في (ب): (بالنيات)، والمثبت موافق لما في ««الحاوي الكبير»».
(٦) ساقط من (خ).
(٧) في (خ): (بعينها).
(٨) في (ب): (فيما).
(٩) في (خ): (يعيّنها).
(١٠) في (خ): (أشكلت).

هـذه أنَّهما يُطَلَّقان؛ لأنَّـه يَصِيرُ[١] كأنَّـه يُوقِـعُ الطـلاقَ علـى الأُخْـرى[٢]، فـدلَّ علـى الفَـرْقِ بينهمـا.

***

[في الوطءِ الذي يُبيحُ امرأةَ المُطلّقِ ثلاثًا له]

(٨٢٩): **مَسْأَلَة**

ولـو أنَّ رَجـلًا طَلّـق امرأتَـه ثلاثًـا، واعْتَـدَّت وتَزَوَّجـت بـزوجٍ ثـانٍ، ثـم جـاء الـزَّوْجُ الثـاني، فوَجَـد امرأتَـه علـى فراشِـه، فظَنَّهـا أجنبيـةً ووَطِئَهـا علـى هـذا الاعتقـادِ، وإذا هـي زوجتُـه؛ أباحَهـا لـلأولِ.

[خ ٢٠٣/ب]

ولـو لـم يكـنْ هكـذا لكـنْ جـاء رجـلٌ أجنبيٌّ غيرُ الزَّوْجِ، فوَجَـد امرأتَـه علـى فراشِـه، فوَطِئَهـا يَعْتَقِدُهـا زوجتَـه، فـإذا هـي امـرأةُ المُطَلِّقِ بالثَّلاثِ؛ لـم يُبِحْهـا هـذا الـوَطْءُ لزوجِهـا الأَوّلِ.

والفـرقُ بينهمـا: أنَّ في المسـألةِ الأُولَـى صـادفَ الـوَطْءُ زَوْجَتـه، فأباحَهـا لـلأولِ، وليـس كذلـك في المسـألة الثانيـةِ؛ لأنَّ هـذا وَطْءٌ بشُبْهـة، لـم يُصادِفْ زَوْجيـة ولا مِلْـكًا، فلِهـذا لـم يَتعلّـق بـه إباحـة[٣]، فبـانَ الفـرقُ بينهمـا.

***

[في مُفارَقةِ الإصابةِ في الدُّبُرِ للوَطْءِ في القُبُلِ]

(٨٣٠): [**مَسْأَلَة**][٤]

إذا أصابَ المرأةَ في الموضِعِ المكروهِ[٥]، لـم يَتعلَّقْ به الإِحْصانُ.

ويُفـارِقُ الـوَطْءَ في القُبُـلِ؛ لأنَّ الإحصـانَ تشـريفٌ[٦]، وهـذا لا يَتعلَّـقُ بالإصابـةِ في المَوْضـعِ المكـروهِ لشَـرَفِ الإحصـانِ وتَأَكُّـدِ حالِـه[٧]، وليـس

---

(١) في (ب) : (مصدق).

(٢) انظر : «المهذب» ٣/ ٤٣، و«الحاوي الكبير» : ١٠/ ٢٧٨-٢٨٠.

(٣) انظر : «المهذب» ٣/ ٥٠.

(٤) ساقط من (ب) .

(٥) زاد بعدها في (ب): (في أوصه) كذا.

(٦) في (خ) : (شريف).

(٧) في (ب) : (جاره).

كذلك الإصابةُ في الفَرْجِ المُعتادِ، لأنَّ ذلك موضعٌ شُرِع [لهذا][1] المعنى، فلهذا تَعَلَّق بالإصابةِ فيه في النكاحِ الصَّحيحِ [الإحصانُ][1]، وهكذا لا يَتعلَّق بالإصابةِ في الموضعِ المكروهِ [التَّحْليلُ للزَّوْجِ][2] الأولِ.

ويُفارِقُ الفَرْجَ المُعتادَ؛ لأنَّ من شَرْطِ الإباحةِ للزَّوْجِ الأولِ أن تَذُوقَ عُسَيْلَتَه ويَذُوقُ عُسَيْلَتَها، كما جاء في الحديثِ[3]، وهذا لا يُوجَدُ بالإصابةِ في الموضعِ المكروهِ، فافْتَرقا لِذلك[4].

وكذا لا يَتعَلَّقُ [به][1] الخروجُ من الإيلاءِ.

ويفارِقُ الفَرْجَ؛ لأنَّ الخُروجَ من الإيلاءِ إنَّما هو لإزالةِ[5] الضَّرَرِ اللّاحقِ لها[6] وإصابتُها في هذا الموضعِ يَزِيدُها ضَرَرًا، فلم يتعلَّقْ به حُكمُ الفَيْئةِ، وليس كذلك الإصابةُ في القُبُلِ[7].

وهكذا لا يَخرُجُ [به عن][8] حُكْمِ العُنّةِ[9]؛ لأنَّ الإصابةَ في هذا الموضعِ لا يَحْصُلُ لها[10] منه المقصودُ من الخروجِ من العُنّةِ، كما يَحْصُلُ لها[11] من الإصابةِ في الموضعِ الآخرِ.

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (لتحليل الزوج).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٩.

(٥) في (ب): (إزالة).

(٦) في (خ): (بها).

(٧) انظر: «المهذب» ٣/ ٥٩.

(٨) في (خ): (من).

(٩) انظر: «الأم»: ٦/ ١١١، ونص ««الأم»»: (ولو أصابها في دبرها فبلغ ما بلغ؛ لم يخرجه ذلك من أن يؤجل أجل العنين لأنّ تلك غير الإصابة المعروفة حيث تحل).

(١٠) في (ب): (لنا)، يعني بهذه التدي في (ب) لا يحصل عندنا أنه خرج من العنّة.

(١١) في (خ): (لهما).

وأمّا إذا كانت بِكرًا وأَصابها في هذا الموضعِ، ثم طَلّقها، وأرادت أن تتَزَوّجَ فإنَّها [تُزَوّجُ، كما تُزَوّجُ][1] الأبكارُ، ولا يُؤَثِّرُ هذا [الوطءُ][2] في إزالةِ الوِلايةِ.

ويُفارقُ القُبلَ، فإنَّ حُكْمَ الإجبارِ وعدمِه إنَّما عُلِّق في الشرع بالثُّيوبةِ[3] والبكارةِ، وهذا إنَّما يكونُ بدفعِ[4] الحاجزِ[5]، ولا حاجزَ[6] في الموضعِ المكروهِ، وإذا كان كذلك، بانَ الفرقُ بينهما.

***

(٨٣١): مَسْألة

[في المُضارَبةِ]

أَصْلُ[7] **المُضارَبةِ**: إذا دَفَعَ رَجلانِ لرَجلٍ[8] مالًا مُضارَبةً، وشَرَط كلُّ واحدٍ منهما أن يكونَ له جزءٌ من الرِّبْحِ، جازَ أن يكونَ [ذلك][2] مُتَّفِقًا أو مُخْتَلِفًا، مِثْلَ أن يقولَ كلُّ واحدٍ منهما [له][9]: خُذْ مالي فتَصَرَّفْ فيه على أنَّ ما رَزَق اللهُ من رِبْحٍ[10]؛ كان لك[11] الثُلُثُ، ولي[12] الثُلُثانِ.

ويجوزُ أن يقولَ أحدُهما: خُذْ هذا فاتَّجِرْ فيه؛ على أنَّ لك من الرِّبْحِ النصفَ ولي النِّصفَ[13]، [ويقولَ الآخرُ: خُذْ، فاتَّجِرْ فيه على

(١) في (ب): (تتزوج كما تتزوج).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (ب): (بالنسوة)، تصحيف.
(٤) في (خ): (توقع)، تصحيف.
(٥) في (خ): (الحاجة)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٣٢٨.
(٦) في (خ): (حاجة).
(٧) في (خ): (في).
(٨) في (خ): (إلى رجل).
(٩) ساقط من (خ).
(١٠) في (ب): (الربح).
(١١) في (ب): (لي).
(١٢) في (ب): (ولك).
(١٣) زاد بعده في (خ): (ويقول الآخر: خذ فاتجر فيه على أن لك من الربح النصف ولي النصف).

أنَّ لـك الثلـثَ ولـي الثلثـان][1] كلُّ ذلـك جائـزٌ.

فإن قَـالَا لـه: خُذْ هـذا فاتَّجِرْ فيه على أنَّ لـك من [رِبْـحِ][1] مـالِ كلِّ واحـدٍ مِنّـا النصفَ، والباقي بَيْننـا نصفَيْـن؛ جـاز ذلـك.

فإن لـم يَقُـولَا [هكـذا][1]، ولكـن قـالا: على أن يكـونَ الباقي لـي ثلثُـه، ولصاحبي ثُلُثـاهُ؛ لـم يَجُـزْ ذلـك.

فإن قُلْتم: فلِمَ جاز المُفاضَلةُ في ذلك في الشَّرْطِ للعاملِ؟

قيـل: الفـرقُ بينهمـا: هـو أنَّـه إذا شَـرَط رَبُّ المـالِ على [أن يكـونَ][1] لأحدِهمـا الثُّلُـثُ، وللآخرِ الثُّلُثان، فقـد شَـرَط أَنْ يكـونَ لأحدِهمـا شَـرِكةٌ في زيـادةِ مـالِ صاحبِـه، وهـذا لا يَجُـوزُ.

وليـس كذلـك إذا شَـرَط [ذلـك][1] للعامـلِ؛ لأنَّـه لا يُـؤَدِّي إلـى ذلـك إذِ[2] العامـلُ [يَأخُذُ][1] مـن مـالِ كلِّ واحـدٍ منهمـا بحَقِّ عملِـه مـا [شَـرَطَه لـه][3]، فلـم يُـؤَدِّ إلـى أَخْـذِ مـا ليس لـه؛ فلِهـذا افْتَرقـا[4].

***

(٨٣٢): **مَسْأَلَة**

[في تعينِ النيةِ في عتقِ رقبةٍ في الكفارةِ]

[**إن قـال قائـل**][1]: إذا كان عليه عِتْقُ رقبةٍ مـن[1] كفـارةِ ظهـارٍ أو غيـرِه أَيَجِـبُ [عليـه][5] [أن يُعَيِّـنَ][6] النِّيـةَ في العِتْقِ، أم لا؟

قُلنا: لا يَجِب [ذلك][1] عليه.

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (أو).

(٣) في (ب): (شرطناه).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٣٥٥.

(٥) ساقط من (خ).

(٦) في (خ): (تعيين).

فإن قال: فما تقولُ فيه إذا [أَعْتَق و](١) نَوَى، فقال: هذا عن كفارةِ ظهارِي، ولم يكنْ عليه [ظِهارٌ](١)، وكان عليه كفارةٌ، **فقيل**(٢): أَيُجْزِئُه ذلك؟

[ب ١٢٠/أ]

فقُلْت: لا يُجزِئُه.

فقال: لِمَ، وأنت تقولُ: إنَّ تَعْيينَ النِّيةِ في الكفارةِ ليس بشَرْطٍ، وما الفرقُ بين هذا وبين الطهارةِ؛ إذا تطهَّرَ بنِيّةِ أن يصليَ [به](٣) النافلةَ؟ قُلْتَ: يجوزُ أن يُصَلِّيَ به الفريضةِ، وكذا لو تَطَهَّرَ لفريضةٍ بعينِها، قُلْتَ: يُجزِئُه(٤) أن يُصلِّيَ به فريضةً أُخْرَى، والطهاراتُ عندك بمَنْزلةِ الكفّارةِ [في](١) أنَّها لا تَحْتاجُ إلى تَعْيينِ النِّيةِ.

قلتُ: الفرقُ بينهما: أنَّ الطهارةَ لا تُرادُ لنفسِها، وإنَّما تُرادُ لغيرِها، وهي الصلاةُ، فلِهذا قُلْتُ: إذا نَوَى بها نافلةً، كان له أن يُؤَدِّيَ بها الفريضةَ من قَبِيلِ أنَّه إذا ارْتَفَع حدثُه لجِنْسٍ؛ ارتفع لغيرِه، إذْ لا يجوزُ أن يَرْتفعَ الحَدَثُ في حَقِّ صلاةٍ، ويَبْقَى في حقِّ صلاةٍ أُخْرى.

وليس كذلك الكفاراتُ؛ لأنِّي وإن قُلْت: إنَّ التَّعْيينَ فيها ليس بشَرْطٍ، فإنَّها مقصودةٌ في نفسِها لا تُرادُ لغيرِها.

ألا ترى أنَّه لو أَعْتقَها عن تَطَوُّعٍ، وعليه واجبٌ لم يَنْصرفْ ذلك إلى الواجبِ بخلافِ الطهارةِ؛ لأنَّ العِتْقَ إذا وَقَع لجنسٍ لا يجوزُ أن يَقَع لغيرِه.

ويُوضِّح ذلك: أنَّه يجوزُ أن يُصَلِّيَ بالطهارةِ الواحدةِ ما شاء من الصلاةِ من فَرْضٍ ونَفْلٍ إلى أن يُحْدِثَ، ولا يُوجَدُ مثلُ هذا في الكفارةِ، وإذا كان كذلك بان الفرقُ بينهما، واللهُ أعلمُ.

[خ ٢٠٥/أ]

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (خ): (قيل).
(٣) ساقط من (خ).
(٤) في (خ): (يجوز له).

ولا يَلْزمُه [على][1] شيءٍ مِمّا ذُكِرَ في هذه المسألةِ الحَجُّ، وذلك: أنَّه لو كان عليه حَجٌّ واجبٌ، إمّا حَجّةُ الإسلام أو مَنْذورةٌ، فأَحْرَم بحَجّةٍ ونوى[2] التطوُّعَ انْصَرفَ[3] إلى الواجبِ، لأَنَّه لا يجوزُ التطوُّعُ بالحَجِّ، وعليه فَرْضُه من قِبَل [أنَّ][1] التَطَوّعَ بالحَجِّ قد ساوَى الفَرْضَ في أنَّه يَلْزمُ بالدُّخولِ فيه، ولا يجوزُ له الخروجُ منه؛ فلِهذا لم يَدخُلْ على شيءٍ مِمّا ذكرناه.

***

(٨٣٣): مَسْأَلَة

[فيمن قال لزوجتِه: أنتِ طالقٌ إن شاء اللهُ، أو إلا أن يَشاءَ اللهُ]

إذا قال لزوجتِه: أنتِ طالِقٌ إن شاء اللهُ؛ لم تُطَلَّقْ[4]، فإن قال لها: إلّا أن يَشاءَ اللهُ؛ طُلِّقَتْ على ظاهرِ المَذْهَبِ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا قال لها: أنتِ طالقٌ إلّا أن يَشاءَ اللهُ، فقد أَوْقَع الطَّلاقَ، وإنَّما عَلّق رَفْعَه[5] بالمشيئةِ، ولا سبيلَ إلى العِلْم بذلك، فلِهذا قُلْنا: إنَّ الطلاقَ واقِعٌ، وليس كذلك في المسألةِ قبلَها؛ لأَنَّه عَلَّق إيقاعَ الطلاقِ بوجودِ المَشِيئةِ، فذلك موقوفٌ على وجودِها[6]، فدلَّ على ما ذكرناه.

***

(٨٣٤): مَسْأَلَة

[في طلاقِ المُختَلِعةِ، وعِتقِ المُدَبَّرِ، والمُكاتَبِ وغيرِ ذلك من العبيدِ]

لا يَلْحَقُ المُخْتَلِعةَ طلاقٌ سواءٌ واجهَها بذلك، أو[7] قال: نسائي [طوالِقُ][8] وفيهنَّ مُخْتَلِعةٌ؛ لم يَلْحَقْها الطَّلاقُ[9].

---

(١) ساقط من (ب). (٢) في (خ): (ينوى).
(٣) في (خ): (لا يصرف). (٤) انظر: «الأم»: ٨/ ٣٨٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٨.
(٥) في (ب): (وقوعه). (٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٦٠، و«المهذب» ٣/ ١٩، ٢٠.
(٧) في (ب): (ولو). (٨) ساقط من (خ).
(٩) انظر: «الأم»: ٦/ ٢٩٦.

ولو قال: عَبيدِي أحرارٌ دَخَل في [ذلك][١] العَبْدُ القِنُّ والمُدبَّرون والمُعْتَقون[٢] بصفةٍ وأمهاتِ الأولادِ[٣]، و[أمّا][١] المُكاتَبُون، فهل يَدْخلون [في ذلك][١]، أم لا؟ فيه خِلافٌ على المَذْهبِ[٤].

فإذا قُلنا: إنَّه يَدْخلُ في ذلك، ويَعْتِقُ، [أو][١] إذا واجَهه بالعتقِ، فقال: أنت حُرٌّ، عَتَق.

[ب ١٢٠/ب] **والفرقُ بينه وبين المُخْتَلعة:** هو أنَّه إذا قال لمُكاتَبِه: أنتَ حُرٌّ، كان[٥] إبراءً له عن مالِ الكتابةِ[٦]، فيَصِيرُ كأنَّه قال: قد أَبْرأْتُكَ [ممّا لي][٧] عليك، ولو قال [له][٨] ذلك لعَتَقَ[٩].

[خ ٢٠٥/ب] وكذلك إذا قال [له][٨]: أنتَ حُرٌّ، وإنَّما كان كذلك[١٠]؛ لأنَّه لم يَبْقَ [له على المكاتَبِ إلَّا مالٌ، ومِلْكٌ عليه قد ضَعُفَ، وليس كذلك المُخْتَلِعةُ؛ لأنَّه إذا خالعَها لم يَبْقَ][٨] بينه وبينها حُكْمٌ [من أحكامِ][٨] النِّكاحِ.

ألا ترى أنَّه لا يَصِحُّ ظِهارُه ولا لِعانُه ولا إيلاؤُه منها، ولا تَوارُثَ بينهما، فأمّا[١١] لُحوقُ الولدِ به فمِن[١٢] أحكامِ الوَطْءِ؛ فلِهذا افترقا.

يَدُلُّ[١٣] على صحةِ هذا الفرقِ: أنَّه إذا أَعْتَق عبدَه؛ بَقِيَ عليه له عُلْقةٌ من ذلك وهو الولاءُ، وليس كذلك في الطلاقِ البائنِ؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (ب): (المعتوقون).
(٣) في (خ): (أولاده).
(٤) انظر: «نهاية المطلب» ١٨/ ٣٨٦.
(٥) في (خ): (فإن ذلك).
(٦) في (خ): (المكاتبة).
(٧) في (ب): (من مالي).
(٨) ساقط من (خ).
(٩) في (ب): (يعتق)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ١٩.
(١٠) في (ب): (ذلك).
(١١) في (ب): (وإنما).
(١٢) في (ب): (في).
(١٣) في (ب): (فدل).

(٨٣٥): مسألة

[في الإيتاء]

إذا كاتَبَ عبدَه، ثم أَبْرأَهُ عن مالِ المُكاتَبةِ[١]، فهل يَستَحِقُّ عليه العبدُ الإتياءُ[٢]؟ فيه وَجْهانِ[٣].

وهكذا الوجهان فيه إذا باع سِلعةً من رَجُل، وقَبَضَها المُشْتري[٤]، ثمّ أَبْرَأَ البائعُ المُشْتري من الثَّمَنِ، ووَجَدَ المُشْتَري بالسِّلعةِ عَيْبًا، فهل يكونُ [له الردُّ][٥]، أَم لا؟ على الوجهَيْن.

وأمَّا إذا باعَ[٦] من رجل شيئًا، وقَبَضه المُشتري، ثم عادَ المُشْتري ووَهَب ذلك الشَّيءَ للبائعِ، وأَفْلَس المُشْتري بالثَّمَنِ؛ كان للبائعِ أن يَضرِبَ مع الغُرماءِ وَجْهًا واحِدًا.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ هاهُنا عاد المبيعُ إلى البائعِ بعَقْدٍ آخرَ، فهو بغَيْرِ معناه الأولِ، ولم يَحصُلْ له عِوَضٌ عن الثَّمنِ، ولا بَدَلٌ؛ فلِهذا كان [له][٧] الرجوعُ فيه[٨]، فصار كما لو باعَه المُشْتَرِي عَيْنًا أُخرَى، وفي المسألةِ قبلها [قد حَصَل][٩] المقصودُ للعَبْدِ على [أحدِ][٥] الوجهَيْن، وهو حَطُّ جميعِ المالِ وزيادةٍ.

وكذلك المُشْتري على أحدِ الوجهَيْن لا يكونُ له الرَّدُّ بالعَيْبِ؛ لأنَّه [لا][٧] ضَررَ عليه في ذلك؛ إِذْ قد بَرِئَت ذِمّتُه من الثَّمنِ، [[١٠] فبان الفرقُ بينهما.

***

---

(١) في (خ): (الكتابة).

(٢) الإيتاء: هو أن يضع عنه جزءا من المال أو يدفع إليه جزءا من المال. «المهذب» ٢/ ٣٨٨.

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٩/ ٤٣٦.

(٤) في (ب): (المشتري من الثمن).

(٥) ساقط من (خ).

(٦) في (خ): (أباعه).

(٧) ساقط من (ب).

(٨) في (ب): (به).

(٩) في (خ): (خصال) كذا.

(١٠) بداية سقط من (ب).

[في الحَجبِ]

(٨٣٦): مَسألة

الجدُّ لا يَحْجِبُ الأُخْوةَ للأبِ والأُمِّ أو للأبِ(١)، فأمّا بنو الابنِ(٢)]، فإنَّهم يَرِثُون جدَّهم دون إخوتِه، هذا مما يُسْأَلُ(٣) عن الفَرْقِ فيه، وقد رُوِيَ عن عمرَ رَضِوَاللَّهُعَنْهُ أنَّه قال: «بنو ابني يرثوني دون إخوتي، فهَلّا أَرِثُهم أنا دون أُخْوتِهم»(٤)، واحْتَجَ المُزَنِيُّ بذلك على الشافعيِّ.

والفرقُ بينهما: هو أنَ تَعْصِيبَ الإخوةِ أَقْوى من تَعْصِيبِ الجَدِّ(٥)؛ لأنَّه يُعَصِّبُ(٦) بَنِيه، **يَدُل على ذلك**: أنَّهم رَكَضُوا مع الميتِ في رَحِمٍ [واحدٍ](٧)، ويُدْلُون(٨) إليه بالنَّسبِ الذي يُدْلِي(٩) هو به إليهم، فلِهذا [لم](٧) يَحْجِبْهم الجَدُّ، وليس كذلك الابنُ(١٠) مع الإخوةِ؛ لأنَّه أقربُ إلى الميتِ من الأُخْوةِ، وتعصيبُه أَقْوى بدليلِ أنَّ الإخوةَ تعصيبُهم(١١) لا يَتَعدَّاهم.

ألا ترى أنَّ أولادَ الإخوةِ لا يَحْجِبون الأُمَّ والبناتِ منهم لا يَرِثون، وليس كذلك أولادُ البنينِ(١٢)؛ فلِهذا افترقا.

فإن قيل: على هذا كان يَجِبُ أن يُسْقِطَ الإخوةُ الجَدَّ.

قيل: القياسُ يَقتَضِي ذلك لكن تُرِكَ لإجماعِ الصّحابةِ على خِلافِه، فدلَّ على ما ذكرْناهُ.

***

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٤٠.
(٢) نهاية السقط من (ب).
(٣) في (خ): (سئل).
(٤) انظر: المحلى بالآثار، لابن حزم: ٨/ ٣١٤.
(٥) في (ب): (الأب الجد).
(٦) في (خ): (تعصيب).
(٧) ساقط من (خ).
(٨) في (ب): (فيدنون).
(٩) في (ب): (يدني).
(١٠) في (ب): (بني الابن).
(١١) في (ب): (بعضهم).
(١٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ١٢٣.

[في المسافرِ يُحْرِمُ بالصلاةِ ينوي القصرَ، ثُمَّ ينوي الإتمامَ]

(٨٣٧): مَسْأَلَة

إذا أَحْرَمَ بالصلاةِ وهو مُسافِرٌ يَنوِي القَصْرَ، ثم نَوَى الإتمامَ؛ لَزِمَه إتمامَها، ولم تَبطُلْ صلاتُه[1].

ولو أَحْرَمَ بصلاةِ الجُمُعةِ، ثم نَواها ظُهْرًا؛ لم يَجُزْ ذلك وبَطَلَت الصلاةُ.

[ب ١٢١/أ]

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الجُمُعةَ والظُّهْرَ فرضان مُخْتلفان؛ فلِهذا إذا نَوَى أحدَهما في أثناءِ الأُخْرَى؛ بَطَلَت، وليس كذلك في المسألةِ قبلها؛ لأنَّ صلاةَ السَّفَرِ والإقامةِ صلاةٌ واحدةٌ، وإنَّما دَخَلها التَّخْفيفُ في بعضِ الأحوالِ.

وأيضًا: فإنَّ نيةَ الصَّلاةِ في القَصْرِ والتَّمام نيةٌ واحدةٌ لا [يَتغيَّرُ فيه][2] القَصْرُ ولا التمامُ؛ لأنَّه في الموضعَيْن يَعتقِدُ أنَّه يُصَلِّي فَرْضًا[3] والقَصْرُ والإتمامُ صفةٌ في ذلك، وليس [كذلك][4] في الجُمُعةِ مع الظُّهْرِ؛ لأنَّ نيَّةَ إحداهما غيرُ نيةِ الأُخْرى؛ فلِهذا افترقا.

***

[في زكاةِ الحُليِّ والماشيةِ المعلوفةِ]

(٨٣٨): مَسْأَلَة

يُقال: أليس إذا كان عنده حُلِيًّا مباحًا[5]؛ قُلْتم: في زكاتِه قولانِ[6]،

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١١٨، و«الحاوي الكبير»: ٢/ ٣٧٨.

(٢) في (خ): (يتغير فيه).

(٣) في (خ): (الفرض).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) كذا بالنسخ التي بين أيدينا هكذا منصوبة ولعله أراد (إذا كان الذهب والفضة عنده حليا مباحا) فحذف اسم كان لدليل يدل عليه حيث إنه ذكره بعدها في المسألة كما حذف الفاعل في موضع مر لدليل يدل عليه لشبه اسم كان بالفاعل ونصب (حليا) باعتبار أنها خبر كان.

(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٤٥، ومنهاج الطالبين: ١/ ٦٨.

وقُلْتُم [فيه][(١)] إذا كان عنده نِصابٌ من الماشيةِ معلوفةً: إنَّه لا زَكاةَ عليه قولًا واحدًا[(٢)]، فما الفرقُ بينهما؟

قُلْنا: هو أنَّ الأصلَ في الذَّهَبِ والفِضّةِ أنَّ الزكاةَ تَجِبُ فيه قولًا واحدًا، وإنَّما سَقَطَتْ عنه على أحدِ القولَيْن إذا كان حُلِيًّا مُباحًا؛ [لأنَّه قد عَدَل][(٣)] به عن أصلِه[(٤)] إلى استعمالٍ مُباحٍ[(٥)]، فأثَّر ذلك في سُقوطِ الزكاةِ[(٦)] عنه في أحدِ القولَيْن.

والقولُ الآخرُ: لا يَسقُطُ؛ لأنَّه باقٍ على أصلِه، ولم يُؤثِّرْ فيه الصَّنْعَةُ[(٧)]، كما [لم يُعْتبَرْ][(٨)] حُكمُه في بابِ الرّبا، وليس كذلك الماشيةُ؛ لأنَّ الأصلَ فيها أنَّ لا زكاةَ فيها، ولا تَجِبُ الزكاةُ [فيها][(١)] إلَّا بشَرْطٍ؛ وهو السَّوْمُ، فإذا لم يُوجَدْ [السَّوْمُ][(٩)]؛ فهي باقيةٌ على أصلِها، وهو عدمُ الوجوبِ، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٨٣٩): مسألة

[فيمن باع صيدًا ثم أحرَم، وأفلَس المشتري بالثمنِ]

إذا باع صيدًا وأحرَم البائعُ وأفْلَس المُشْتري بالثَّمَنِ؛ لم يكنْ له الرُّجوعُ في عينِ[(١٠)] مالِه وهو الصَّيْدُ[(١١)].

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) انظر: «المهذب» ١/ ٢٦٤، ومنهاج الطالبين: ١/ ٦٦.

(٣) في (ب): (فدل).

(٤) في (ب): (الأصل).

(٥) في (ب): (المباح).

(٦) في (ب): (ذلك).

(٧) في (ب): (الصيغة).

(٨) في (ب): (يتعين).

(٩) في (خ): (فيها).

(١٠) في (خ): (غير)، تصحيف.

(١١) انظر: «المهذب» ٢/ ١١٨، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٤/ ١٨٤.

ولو لم يَكُنْ هكذا لكنَّه أَحْرَم، وماتَ من يَرِثُه وخَلَّف صيدًا، فإنَّه يَرِثُه، ولا يَمْنعُ منه الإحرامُ في أحدِ الوجهَيْن[1].

والفرقُ: هو أنَّ الشيءَ في الميراثِ يَدْخُلُ في مِلْكِ الوارثِ بغيرِ اختيارِه، ألا تَراهُ يَصِحُّ تَصَرُّفُه [فيه][2] قبل القَبْضِ، وليس كذلك [في مسألةِ][3] المُفْلِسِ؛ لأنَّ رجوعَه في عَيْنِ[4] مالِه اختيارٌ منه لتَمَلُّكِه[5]، فهو بمنزلةِ [ما لو أرادَ ابْتِياعَه، فإنَّه لا يجوزُ كذلك][6] هاهُنا[7].

***

(٨٤٠): مَسألة

[فيما إذا قال: فإذا جاءَ رأسُ الشهرِ ولم أقضِك حقَّكَ فالرهْنُ لكَ بحقِك]

لو قال [له][8]: رَهَنْتُك هذا الشيءَ على كذا وكذا إلى شَهْرٍ، فإذا جاء رأسُ الشهرِ ولم أَقْضِكَ[9] حَقَّكَ[10]؛ فهو لكَ بحَقِّكَ، فإنَّ [ذلك][8] الشيءَ قبل مَجِيءِ الأجلِ يكونُ أمانةً في يدِه، وبعد مَجِيءِ الأجلِ يكونُ مَضْمونًا عليه.

[خ ٢٠٧/أ]

والفرقُ [بينهما][2]: هو أنَّه قبل الأجلِ مَقْبوضٌ بحُكْمِ الرَّهْنِ، [وكلُّ][2] ما لم يَكُنْ صحيحُه مضمونًا، ففاسِدُه[11] غيرُ مضمونٍ، وليس كذلك فيما بعد الأجلِ؛ لأنَّه حَصَلَ في يدِه عن حُكْمِ بيعٍ فاسِدٍ، ولمّا كان صحيحُ البيعِ مضمونًا كذلك فاسِدُه.

[ب ١٢١/ب]

***

(١) في (خ): (القولين)، انظر: «الحاوي الكبير»: ٤/٣١٨.
(٢) ساقط من (خ).
(٣) في (ب): (مثله في).
(٤) في (خ): (غير)، تصحيف.
(٥) في (ب): (ليتملكه).
(٦) في (ب): (الوارث إذا باعه فإنه يجوز).
(٧) انظر: «روضة الطالبين» ٣/ ١٥٢.
(٨) ساقط من (ب).
(٩) في (خ): (أوفك).
(١٠) في (ب): (حقه).
(١١) في (ب): (ففساده).

[في شَرْطِ ملاءةِ المُحالِ عليه]

(٨٤١): مسألة

إذا أحالَه على من له عليه مِثْل حَقِّه، وشَرَطَ المُحالُ[١] مَلاءَةَ المُحالِ[٢] عليه، فبان [بأنَّه][٣] خِلافُ ذلك، وأنَّه مُعْسِرٌ.

قال ابنُ سُرَيْج: يكونُ له الرجوعُ على المُحِيلِ؛ لأنَّه عَيْبٌ قد ظَهَرَ له فهو كما لو اشْتَرى سلعةً، وأصاب بها عَيْبًا، **والمَذْهبُ**: أن لا رجوعَ له والحَوالةُ[٤] بحالِها؛ لأنَّ الشَّافعيَّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ [قال][٥]: غَرَّ منه، أو لَم يُغَرَّ[٦].

ويُفارِقُ الرَّدَّ بالعيبِ؛ لأنَّ الرَّدَّ بالعيبِ ثَبَت مع الإطلاقِ ومع شَرْطِ[٧] السلامةِ، وليس كذلك في الحَوالةِ؛ لأنَّه لو أَطلَق؛ لم يكنْ له الرجوعُ عند الإعسار، فكذلك مع الشَّرْطِ؛ لأنَّ[٨] العَيْبَ هناك حَدَث بالحَقِّ نفسِه وهاهُنا بمَحَلِّ الحَقِّ، فكان بينهما فَرْقٌ بَيِّنٌ[٩].

***

[في عبدٍ بين شريكين فباع أحدُهما جميعَه]

(٨٤٢): مسألة

إذا كان بينهما عبدٌ شَركةً، فباع جميعَه أحدُ الشَّريكَيْن من رَجلٍ[١٠] بغيرِ إِذْنِ شريكِه؛ بَطَل البيعُ في نصيبِ الشَّريكِ الذي لم يَبِعْ، وهل يَبْطُلُ البيعُ في نصيبِ البائعِ، أم لا؟ على [أحدِ القولين][١١].

---

(١) في (ب): (للمحتال). (٢) في (خ): (المحيل). (٣) ساقط من (خ).

(٤) قال الفيومي في «المصباح المنير» ١/ ١٥٧: (والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا فأحلته بدينه نقلته إلى ذمّة غير ذمّتك).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٥/ ٢٠٥، و«الحاوي الكبير»: ٦/ ٤٢٣.

(٧) في (خ): (الشرط). (٨) في (ب): (ولأن).

(٩) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٢٩١.

(١٠) في (ب): (أحد). (١١) في (خ): (قولين).

ولو لم يكنْ هكذا لكن باع أَحدُ الشريكَيْن نصيبَه وغاصِبٌ غَصَب [نصيبَ][1] الآخرِ[2]، وباعَاهُ[3] في عَقْدٍ واحدٍ من رَجلٍ واحدٍ؛ بَطَل البيعُ في المغصوبِ، وصَحّ في نصيبِ المالكِ[4] قولًا واحدًا[5].

والفرقُ: هو أنَّ عَقْدَ الواحدِ مع الاثنينِ بمَنْزلةِ العَقْدَيْن المُتَفَرقين؛ فلِهذا لا يكونُ بُطلانُ أحدِهما مُتَعَدِّيًا إلى الآخرِ، وفي المسألةِ قبلها الصَّفقةُ واحدةٌ، فإذا بَطَل البعضُ؛ كان الباقي على قولَيْن[6]، واللهُ أعلمُ.

***

(٨٤٣): مَسْألة

[في المُعيرِ أو المُؤجِرِ يبيعُ أو يهبُ ما أعاره أو آجرَه]

إذا أعاره شيئًا، ثم إنَّ المُعِيرَ باعَ ذلك الشيءَ أو وَهَبَه؛ صَحَّ[7].

فإن قيل: ما تقولُ فيه إذا آجَرَه شيئًا، ثم إنَّ المُؤَجِّرَ[8] باع ذلك الشَّيءَ، [[9]هل يجوزُ ذلك، أم لا؟ فيه قولان:

أحدُهما: يجوزُ، فعلى هذا لا فَرْقَ.

والثاني: لا يجوزُ، **ويُفارِقُه**[10]] في المسألةِ قبلها: هو أنَّ المُسْتأجِرَ قَبَض العَيْنَ بعَقْدِ مُعاوضةٍ هو لازِمٌ قَيّده [عليه يدُ استحقاقٍ؛ فلِهذا لم يَصِحَّ بيعُه، وليس كذلك في المُسْتعِيرِ؛ لأنَّ يدَه][11] على الشيءِ [ليست][11] يدَ

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (خ): (البائع).

(٣) في (ب): (باعا له).

(٤) في (ب): (الآخر).

(٥) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٠٨.

(٦) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ٣٨١.

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ١٣١.

(٨) في (خ): (المؤاجر).

(٩) بداية سقط من (ب).

(١٠) نهاية السقط من (ب).

(١١) ساقط من (خ).

استحقاقٍ، و[لا][1] قَبَضه عن عَقْدٍ، **ألا ترى** أنَّ للمُعِيرِ الرجوعَ في العاريةِ متى شاء بخِلافِ الإجارةِ؛ فلِهذا افترقا.

***

(٨٤٤): مَسْألة

[فيما إذا قال لزوجتِه: أنتِ طالقٌ أَوْ لَا]

إذا قال [لزوجتِه][2]: أنتِ طالِقٌ أَوْ لَا؛ وَقَعَ الطلاقُ، ولا تَنفَعُه[3] [أَوْ][1] لَا[4]، لأنَّ الطلاقَ مُجرّدُ إيقاعٍ، وقد وَقَع عليه الطّلاقُ بقولِه: أنتِ طالِقٌ، وقولُه بعد ذلك: أَوْ لَا، يُرِيدُ به الشَّكَّ فيما وَقَع وثَبَت؛ فلِذلك لم يُؤَثِّرْ فيه.

ويُفارِقُ هذا إذا قال: له عليّ دِرْهمٌ أَوْ لَا، حيث قُلنا: لا يَلْزمُه شَيْءٌ[5]، لأنَّ الإقرارَ إخبارٌ عمّا هو واجِبٌ[6] عليه، وقولُه: «أَوْ لَا» -يُوجِبُ الشَّكَّ في الخَبَرِ، فلم يَلْزمْه [شيءٌ][1] إلّا باليقينِ[7]، إذِ الأصلُ براءةُ الذِّمةِ.

***

(٨٤٥): مَسْألة

[في قولِه: أنتِ طالقٌ إن شاء اللهُ، أو: يا طالقُ إن شاء اللهُ]

إذا قال: أنتِ طالِقٌ إن شاء اللهُ؛ لم يَقَعِ الطلاقُ[8]، [ولو قال لها: يا طالِقُ إن شاءَ اللهُ؛ لَزِمه الطّلاقُ][1]، ولم يَعْمَلْ فيه الاستثناءُ؛ لأنَّ قولَه:

---

(١) ساقط من (ب). (٢) ساقط من (خ).

(٣) في (خ): (تنعقد).

(٤) نصّ في «المهذب» على أن الطلاق لا يقع، قال: لأنه ليس بإيقاع، وقال في «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٢٩: (لأن «أو» للتخيير)، وقال الرافعي: (إن ذكره في معرض الإنشاء؛ طلّقت كما لو قال: أنت طالق طلاقا لا يقع عليك). انظر: العزيز شرح الوجيز: ١١/ ١٦٠، «روضة الطالبين» ٤/ ٣٩٢.

(٥) انظر: «روضة الطالبين» ٤/ ٣٩٧. (٦) في (ب): (وجب).

(٧) في (خ): (بالنفس)، تصحيف. (٨) انظر: «الأم»: ٨/ ٣٨٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٨.

[يا](١) طالِقُ -صفةٌ مُشْتَقّةٌ وليست باسمٍ، ولا إيقاعٍ، فالاستثناءُ يَعْملُ في الصفاتِ المُشْتَقّةِ، [ولِهذا يُفارقُ المسألةَ](٢) قبلها، لأنَّ ذلك تَعْلِيقُ طلاقٍ بصفةٍ(٣). [ب ١٢٢/أ]

[ولأجلِ هذا قال أصحابُنا: يا طالقُ أنتِ طالقٌ إن شاء اللهُ، أو أنتِ طالقٌ ثلاثًا يا طالِقُ](٤) إن شاء اللهُ؛ لأنَّ(٥) الاستثناءَ يَرجِعُ إلى قولِه: أنتِ طالِقٌ فيَدْفعُه(٦)، ويَلْزمُه بقولِه: يا طالقُ- الطلاقُ(٧)، فدلّ على ما ذكرناه. [خ ٢٠٨/ب]

***

(٨٤٦): مَسألة

[في الواجبِ في الدمِ المتعلقِ بالإحرامِ وجزاءِ الصيدِ]

كُلُّ دَمٍ يَتعلّق بالإحرام، أو بقَتْلِ الصَّيْدِ في الحَرَمِ، فإنَّ ذَبْحَه وتَفرقةَ لحمِه يكُونُ بالحَرَمِ، ولا يجوزُ تفرقتُه على غيرِ مساكينِ الحَرَمِ، وكذلك الإطعامُ الواجبُ بسَبَبِ الإحرامِ.

فإن قيل: أليس [عندك](٨) على أحدِ القولَيْن يجوزُ نَقْلُ الزكاةِ [عن بلدِ](٩) المالِ، فما الفرقُ بينهما؟

قلتُ: الفرقُ بينهما: أنَّ الزكاةَ وجبَتْ على [سبيلِ](١) الطُّهرةِ وتَتعلّقُ بالذِّمّةِ، فلِهذا لم تَخْتصَّ بمكانٍ دون مكانٍ، وليس كذلك في مسألةِ الدَّمِ [الواجبِ](١) بسببِ الإحرامِ؛ لأنَّ ذلك وَجَب بجنايةٍ وهَتْكِ

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) في (خ): (وبهذا فارق).

(٣) انظر: «نهاية المطلب» ١٤/ ٢٢٥.

(٤) في (ب): (ثلاثا).

(٥) في (ب): (أن).

(٦) في (خ): (يرفعه).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٢٩٥.

(٨) ساقط من (ب).

(٩) في (ب): (على بدل).

حُرْمةِ عبادةٍ تَتَعلق بِبُقْعةٍ مخصوصةٍ؛ فلِهذا لم يَجُزْ نَقْلُ ما وَجَب بذلك إلى غيرِ [أهلِ][1] تلك البُقْعةِ؛ لأنَّه يكونُ قد عَدَل بالواجبِ إلى غيرِ مُسْتَحِقِّه؛ فلِهذا افترقا.

***

(٨٤٧): مَسْأَلَة

[في قاتلِ الصيدِ يكونُ أحدَ الحَكمين]

قال اللهُ تعالى في جزاءِ الصيدِ: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥].

فإن قيل: هل يجوزُ أن يكونَ القاتِلُ[2] أحدَ الحَكَمَيْن؟

قيل له: إن كان قَتَلَه عَمْدًا؛ لم يَجُزْ أن يكونَ حَكَمًا وَجْهًا واحدًا؛ لأنَّه قد فَسَق بذلك، وإن كان قَتَلَه خطأً، فهل يجوزُ، أم لا؟ فيه وَجْهان[3].

فإذا قُلنا: لا يجوزُ، **يُقال**: فما الفرقُ بينه وبين ربِّ المالِ إذا كان عنده عَرَضٌ للتجارةِ، فإنَّه يَرْجعُ إلى تَقْويمِه [فيه][1]؛ لأجلِ الزكاةِ؟

قُلْنا: الفرقُ: هو أنَّ ربَّ المالِ أَمينٌ على مالِه [والمَرْجِعُ][4] فيما يَدَّعِيه من ذلك إلى قولِه؛ لأنَّه يَخْرجُ ذلك على سبيلِ الطُّهْرةِ، وليس كذلك في بابِ الجزاءِ؛ لأنَّ القاتلَ جانٍ لِمَا ارْتَكبه من قَتْلِ الصَّيْدِ، فأَدْخَل به النَّقْصَ على الإحرامِ، والواجبُ بذلك أَمْرٌ مُجتَهَدٌ فيه؛ فلِهذا لم يكنْ له فيه مَدْخَلٌ بخِلافِ رَبِّ المالِ، لأنَّ الزكاةَ حَصَلَتْ في يدِه من غيرِ فِعْلِه؛ فلِهذا افترقا.

[خ ٢٠٨/ ب]

***

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (خ): (القائل)، تصحيف.

(٣) انظر: «روضة الطالبين» ٣/ ١٥٨.

(٤) ساقط من (خ).

[في طلاقِ المحجورِ عليه وعتقِه وغيرِ ذلك]

(٨٤٨): **مَسْأَلة**

يُقال: لِمَ جازَ طلاقُ المحجورِ عليه وخُلْعُه[١]، ولَمْ يَجُزْ عِتْقُه وكتابتُه؟

قيل له: لأنَّ العِتْقَ والكتابةَ إزالةُ مِلْكِ عمَّن[٢] هو مالكٌ[٣] له؛ فلِهذا لم يَصِحَّ منه [كما لم يَصِحَّ][٤] بيعُه، وليس كذلك الخُلْعُ والطّلاقُ؛ لأنَّه إزالةُ ما يُسْتباحُ[٥] به الاستمتاعُ إذِ البُضْعُ ليس بمَمْلوكٍ له، وإنَّما يَملِكُ الاستمتاعَ به؛ فلِهذا نَفَذ[٦] ذلك.

فإن قيل: أليس لو اسْتَولَدَ أمتَه؛ جاز ذلك، فهَلَّا كان في العِتْقِ مِثْله.

قيل[٧]: الاسْتِيلادُ طريقُه الفِعْلُ، والعِتْقُ طريقُه القولُ، والفِعْلُ أَقْوى[٨]، **ألا ترى** أنَّه [لو][٤] أَقَرَّ بالاستيلادِ، قُبِلَ، ولو أَقَرَّ بالعِتْقِ؛ لم يُقْبلْ لهذه العلَّةِ.

فأمّا تدبيرُه، فهل يَصِحُّ منه، أم لا؟ فيه قولان[٩].

***

[في يدِ المغصوبِ تَسقطُ بأكلةٍ عن الغاصبِ]

(٨٤٩): **مَسْأَلة**

إذا غَصَب عبدًا، فسَقَطَت[١٠] يدُه عند الغاصبِ بأَكِلَةٍ؛ [كان][٤] عليه ما نَقَص من قيمتِه[١١] بذلك، وإنَّما قُلنا ذلك [عليه][١٢]؛ لأنَّ عليه أن يَرُدَّه كما غَصَبه، فلِهذا كان عليه ما نَقَص من القيمةِ.

[ب ١٢٢/ب]

---

(١) في (ب): (وجعله)، تصحيف.
(٢) في (خ): (عما).
(٣) في (خ): (ملك).
(٤) ساقط من (ب).
(٥) في (خ): (يستبيح).
(٦) في (خ): (فقد)، تصحيف.
(٧) في (خ): (قيل له).
(٨) انظر: «المهذب» ٢/ ٩٩، ١٠٠.
(٩) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٣، و«الحاوي الكبير»: ١٨/ ١٣٧.
(١٠) في (ب): (سقط).
(١١) في (خ): (القيمة).
(١٢) ساقط من (خ).

ولو جَنَى جانٍ على عَبْدٍ، فقَطَع يدَه؛ كان عليه نِصْفُ قيمتِه بخِلافِ المسألةِ قبلها؛ لأنَّ الغاصِبَ يَضمَنُه باليدِ[1].

ولأجلِ هذا قُلْنا: [إنَّه][2] إذا جَنَى على عبدِه المرهونِ، فقَطَع يدَه أنَّ عليه ما نَقَص من قيمتِه ويَجْعلُه[3] رَهْنًا معه[4].

***

[فيما إذا تكفَّل ببعضِ بدنِ مَن عليه الحقُّ]

(٨٥٠): مسألة

إذا تكفَّل ببَدَنِ مَن عليه الحَقُّ؛ جاز ذلك في أحدِ القولَيْن.

فعلى هذا لو قال: تكفَّلْتُ ببعضِ بدنِه[5]؛ نَظَرْتُ، فإن كان ذلك بجُزْءٍ كالنِّصْفِ والرُّبْعِ والبَعْضِ أو ما لا يُمْكِنُ انفصالُه عن الجُمْلةِ في حالِ السلامةِ؛ جاز ذلك، فإن قال: تكفَّلتُ بيدِه أو رِجْلِه؛ لم يَجُزْ[6].

ويُفارِقُ هذا إذا قال لها: يدُك طالِقٌ حيث قُلْنا: إنَّها تُطَلَّقُ؛ لأنَّ الطلاقَ له عليه سِرايةٌ، فلِهذا إذا وَجَّهَه إلى جُزْءٍ من الجُمْلةِ، فعَلَّقه بها؛ كان بمَنْزلةِ ما لو باشَرَ جميعَها بذلك، وليس كذلك الكَفالةُ، فإنَّها [لم][2] يُبْنَ أمرُها على التَّغليبِ واليدِ ونحوِها[7] مما يُمْكِنُ انفصالُه عن الجُمْلةِ، فتعليقُ الكفالةِ [به][2] لا فائدةَ فيه؛ فلِهذا افْترَقا.

***

(١) انظر: «نهاية المطلب» ٧/ ١٧٣.
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (خ): (يجعله).
(٤) في (ب): (معها)، انظر: «الأم»: ٤/ ٢٩٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٩٢.
(٥) في (ب): (يده).
(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ١٥٤.
(٧) في (ب): (ونحوهما).

حَسَنَةٌ من الطّلاقِ

(٨٥١): مَسألة

وهـو أنَّـه إذا عَلَّـق طـلاقَ زَوْجتِـه بصفـةٍ، مِثْـلَ: أن يُعلِّقَـه بقُـدومِ زَيْـدٍ أو دُخـولِ الـدارِ، فإنَّـه لا يَقَـعُ حتى تُوجَـدَ تلك الصِّفـةُ[١]، وكـذا لـو قـال لهـا: إن كَلَّمَـكِ زَيْـدٌ، أو [إذا][٢] كَلَّمْتِيه، أو إذا رَأَيْتِيه، فأنـتِ طالـقٌ، فإنَّـه لا يَقَـعُ الطـلاقُ حتى تَفعَـلَ تلك الصِّفـةَ، وعلى هـذا سـائرُ الصفـاتِ إلا في مسـألةٍ واحـدةٍ؛ وهـو إذا قـال لهـا: إذا رأيْـتِ هـلالَ رمضـانَ؛ فأنـتِ طالـقٌ، فإنَّهـا تُطَلَّـقُ إذا رُؤِيَ الهـلالُ، وإن لـم تَـرَهُ [هـي][٢]، وإنَّمـا كان كذلـك لمَعْنًـى.

والفـرقُ[٣] بينهمـا: هـو أنَّ قولَـه: إذا رَأَيْـتِ الهـلالَ، معنـاه إذا حَصَـلَ العِلْـمُ بِرُؤْيَتِـه، ولِهـذا قـال ﷺ: «**صُومُـوا لِرُؤْيَتِـه وَأَفْطِـرُوا لِرُؤْيَتِـهِ**»[٤]، أي: إذا حَصَـلَ لكـم العِلْـمُ بذلـك؛ فلِهـذا فـارقَ سـائرَ الصِّفـاتِ؛ لأنَّ [تلـك][٥] الصِّفـاتِ ليـس الاعتبـارُ فيهـا بالعِلْـمِ، و[إنَّمـا][٥] الاعتبـارُ فيهـا بالوُقـوعِ؛ لأنّهـا مُتَعلِّقـةٌ بفِعْـلٍ؛ فلِهـذا افْتَرقـا.

***

(١) انظر: «الأم»: ٣/ ٢١، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٦.

(٢) ساقط من (خ).

(٣) في (خ): (هو الفرق).

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري: في كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: «إذا رأيتم الهلال فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا»، رقم (١٩٠٩)، ومسلم: في كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال، والفطر لرؤية الهلال...، برقم: (١٠٨١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) ساقط من (ب).

[فيما إذا قال لها: أنتِ طالقٌ الشهرَ الماضيَ]

(٨٥٢): مَسألة

إذا قال لها: أنتِ طالِقٌ الشهرَ[١] الماضي، وقال: أَرَدتُّ إيقاعَ الطلاقِ الآنَ في الشهرِ الماضي، **فالمنصوصُ** للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الطلاقَ يَقَعُ في الحالِ[٢].

وقال الربيعُ: وفيه **قولٌ آخرُ**: أنَّ الطَّلاقَ لا يَقَعُ[٣].

فإن قال لها: أَنْتِ طالِقٌ إن طِرْتِ، أو إذا صَعَدتِّ إلى السَّماءِ، نَصّ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ الطلاقَ لا يَقَعُ في الحالِ.

فقال ابنُ خَيْرانَ في هذه المسألةِ أيضًا وَجْهانِ، وسائرُ أصحابِنا قالوا: إنّ الطلاقَ يَقَعُ في المسألةِ الأُولَى، ولا يَقَعُ في المسألةِ الثانيةِ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا قال لها إذا طِرْتِ أو صَعَدتِّ إلى السَّماءِ؛ فأنتِ طالِقٌ، فقد عَلَّق الطلاقَ بصفةٍ لا يَسْتَحيل وجودُها في قُدرةِ اللهِ تعالى، لأنَّ اللهَ تعالى يَقْدِرُ أن يَصْعدَ بها إلى السَّماءِ، أو يَخْلُقَ لها جناحَيْن، فلِهذا وَقَفَ الطلاقُ على وُجودِ الصِّفةِ، ولم يَقَعْ في الحالِ. [ب ١٢٣/أ]

وليس كذلك في المسألةِ قبلها، فإنَّه عَلّق الطلاقَ بشَرْط مُحال [وجودُه لأنَّ][٤] الطلاقَ [لا يُمْكن أن يَقَعُ في الحالِ في الشهرِ[٥]؛ فلهذا أُلْغِيت الصِّفةُ، ووَقَع الطلاقُ][٦] في الحالِ، كما لو قال لمن لا سُنّةَ في

---

(١) في (ب): (للشهر).

(٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٧.

(٣) انظر: «الأم»: ٦/ ٤٧٠، ٤٧١.

(٤) في (خ): (وجود الصفة).

(٥) كذا في (ب)، ولعله: (الشهر الماضي).

(٦) ساقط من (خ).

طلاقِها ولا بدعةَ: أنتِ طالقٌ للسُّنّةِ أو للبدعةِ، فإنَّها تُطَلَّقُ في الحالِ[١]، كذلك هاهُنا [مِثْلُه][٢].

***

[في تعليقِ الطلاقِ]

(٨٥٣): [مَسْأَلَة][٣]

فإن قيل: ما تقولُ فيه إذا قال لزوجتِه: إن دخلْتِ الدارَ، فأنتِ طالِقٌ.

قُلْتُ: لا تُطَلّقُ حتى تَدْخُلَ الدارَ.

فإن قال[٤]: ما تقولُ [فيه][١] إذا قال لها: إن طَلَعَتِ الشمسُ؛ فأنتِ طالِقٌ.

قُلْتُ[٥]: يَقَعُ الطلاقُ في الحالِ.

فإن قال: فما الفرقُ بينهما؟

قُلْتُ: دُخولُ الدارِ شَرْطٌ يجوزُ أن يُوجَدَ، ويجوزُ أَلّا يُوجَدَ؛ فلِهذا صَحّ تعليقُ الطلاقِ به، وليس كذلك طُلوعُ الشمسِ، فإنّه كائِنٌ وواقِعٌ

(١) (قال الشّافعيّ: رحمه الله تعالى: إذا تزوّج الرّجل المرأة فلم يدخل بها وكانت ممّن تحيض أو لا تحيض فلا سنّة في طلاقها إلّا أنّ الطّلاق يقع متى طلّقها فيطلّقها متى شاء، فإن قال لها أنت طالق للسّنّة أو أنت طالق للبدعة، أو أنت طالق لا للسّنّة ولا للبدعة طلقت مكانها قال ولو تزوّج رجل امرأة ودخل بها وحملت فقال لها: أنت طالق للسّنّة أو للبدعة أو بلا سنّة ولا بدعة كانت مثل المرأة الّتي لم يدخل بها لا تختلف هي وهي في شيء ممّا يقع به الطّلاق عليها حين يتكلّم به. قال: ولو تزوّج امرأة ودخل بها وأصابها وكانت ممّن لا تحيض من صغر أو كبر فقال لها أنت طالق للسّنّة فهي مثل المرأتين قبلها لا يختلف ذلك في وقوع الطّلاق عليها حين يتكلّم به لأنّه ليس في طلاق واحدة ممّن سمّيت سنّة إلّا أنّ الطّلاق يقع عليها حين يتكلّم به بلا وقت لعدّة لأنّهنّ خوارج من أن يكنّ مدخولًا بهنّ وممّن ليست عددهنّ الحيض وإن نوى أن يقعن في وقت لم يدين في الحكم وديّن فيما بينه وبين اللّه عزّ وجلّ). انظر: «الأم»: ٦/ ٤٦١، ٤٦٢.

(٢) ساقط من (ب)، انظر: «المهذب» ٣/ ٣٣، ٣٤. (٣) ساقط من (خ).

(٤) في (خ): (قيل). (٥) في (ب): (فقد).

لا مَحالـةَ، فلـم يَصِـحَّ أن يَكـونَ شَـرْطًا، لأنَّ الشَّـرْطَ [الذي][1] يَصِـحُّ تعليقُ الطـلاقِ بـه هـو مـا تَعَلَّق بفِعْلٍ مـن أَفعـالِ الآدمِيِّين الـذي يجوزُ أن يُوجَدَ ويجـوزُ أَلَّا يوجـدَ؛ فلِهـذا افْترَقـا.

[خ ٢١٠/أ]

وأمّـا إذا قـال لهـا: إذا طَلَعَـتِ الشمسُ، فأنـتِ طالِـقٌ؛ [كان ذلـك][2] صحيحًـا، وتُطَلَّقُ إذا طلعَـتِ الشمسُ؛ لأنَّـه جعَلَـه زمانًـا لوقـوعِ الطَّـلاقِ[3]، فهـو كمـا لـو قـال لهـا: إذا دَخلْـتِ الـدَّارَ؛ فأنـتِ طالِقٌ، فـدلّ على مـا ذكَرْنـاهُ[4].

(٨٥٤): مسألة

[فيمَن تَرَكَ ابنين أحدُهما مسلمٌ واختُلِف في إسلامِ الآخرِ]

إذا مـات رجـلٌ مسـلِمٌ وخلّـفَ ابنيـن أحدُهمـا مسـلِمٌ[5]، واخْتَلفـا في إسـلامِ الآخـرِ، فقـال: أسـلمْتُ قبـل مـوتِ أبـي، فأنـا شـريكُكَ في الميـراثِ، فقـال لَـه المُجْمَـع على إسـلامِه: بـل أسـلمْتَ بعـد موتِ أبيـكَ؛ فـلا ميـراثَ لـك؛ فـإنَّ القـولَ قـولُ المسلِم، ولا ميـراثَ للآخـرِ.

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (خ): (فإن كان).

(٣) في (خ): (الطّلقة).

(٤) قال الرُّوياني في «بحر المذهب» ١٠/ ٧٥: (إذا علق طلاقها بصفة تعلق بها سواء، كانت الصفة قد توجد وقد لا توجد كقوله:

إذا كلمت زيدًا فأنت طالق ونحوه، أو كانت الصفة توجد لا محالة، مثل قوله: إذا طلع الفجر أو الشمس أو أهل الهلال فأنت طالق ولا يسبق الطلاق الصفة بحال. وبه قال جمهور العلماء.

وقال مالك: إذا علقه بصفة توجد لا محالة يقع الطلاق في الحال، وبه قال الزهري وسعيد بن المسيب والحسن، واحتجوا بأن النكاح لا يكون مؤقتًا بالزمان؛ لأنه لا يجوز أن يتزوجها شهرًا للنهي عن نكاح المتعة ولأنه عزم على إيقاع الطلاق لا محالة فوقع وهذا غلط لأنه علق إطلاق بصفة صحيحة. فلم يقع قبل وجودها، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. وكما لو علق بموت زيد لا يقع قبله، وإن كان الموت كائنًا لا محالة، ولأنه إذا ثبت فيه الأجل المجهول فالأجل المعلوم أولى ولأن في تعليق العتق لا فرق بين الصفتين كذلك هاهنا، وأما العزم على الطلاق لا يوقع الطلاق على ما تقدم بيانه).

(٥) في (خ): (مسلم أسلمت قبل موت أبي). وقوله (مسلم) بالرفع على أنها خبر ل(أحدهما) لأنه رفعها على أنها مبتدأ

ولو لم يَكُنْ هكذا، ولكن اتَّفَقا على أنَّ الأخَ [الآخرَ][(١)] أَسْلَم، ولكن اخْتَلَفا، فقال الأولُ: مات أَبُونا في شعبانَ، وأسلَمْتَ أنت في رمضانَ، فقال الثاني: لا، بل مات أبي في رمضانَ، وأسلمتُ أنا في شعبانَ، فإنَّ الميراثَ هاهُنا يكونُ بينهما.

وإنَّما كان كذلك؛ لأنَّ الأصلَ أَلَّا موتَ، وأنَّ الأصلَ حياةُ[(٢)] الأبِ حتى يُعلمَ خِلافُ ذلك، وفي المسألةِ قبلها أيضًا [الأصلُ][(٢)] أَلَّا إسلامَ؛ فلِهذا لم يُشارِكْ أخاه في الميراثِ؛ [لأنَّه لم][(٣)] يُتيقَّنْ إسلامُه[(٤)]، فبان الفرقُ بينهما[(٥)].

[فيما إذا قال: يا سالمُ إن مِتُّ؛ فأنتَ حرٌّ، ويا غانمُ إن قُتِلْتُ، فأنتَ حُرٌّ]

(٨٥٥): [مَسْأَلَة][(٢)]

ولو قال: يا سالمُ إن مِتُّ؛ فأنتَ حُرٌّ، ويا[(٦)] غانمُ إن قُتِلْتُ؛ فأنت حُرٌّ، وقال لأحِدِهما: إن مِتُّ في شعبانَ، فأنت حُرٌّ، وللآخر: إن مِتُّ في رمضانَ؛ فأنت حُرٌّ، ثم ماتَ، وأقام كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنةً بما يَدَّعِيه؛ فهما بَيِّنتان مُتعارضان ويَسْقُطان ويَرِقُّ[(٧)] العبدان، ولا يَعتِقُ واحدٌ منهما[(٨)].

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (خ): (الحياة حياة).
(٣) في (ب): (ولا).
(٤) في (خ): (إسلام).
(٥) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٢١، و«نهاية المطلب» ١٩/ ١٣٧.
(٦) في (خ): (وقال يا).
(٧) في (ب): (ويفرق).
(٨) قال أبو إسحاق الشيرازي: (وإن كان له عبدان سالم وغانم فقال لغانم: إن مت في رمضان فأنت حرٌّ، وإن قال لسالم: إن مت في شوال فأنت حرٌّ، ثم مات فأقام غانم بيِّنة أنه مات في رمضان وأقام سالم بيِّنة بالموت في شوال، ففيه قولان: أحدهما: أنه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبدان؛ لأن الموت في رمضان ينفي الموت في شوال والموت في شوال ينفي الموت في رمضان فيسقطان وبقي العبدان على الرق.
والقول الثاني: أنه تقدم بيِّنة الموت في رمضان؛ لأنه يجوز أن يكون قد علمت البينة بالموت في رمضان وخفي ذلك على البينة الأخرى إلى شوال فقدمت بينة رمضان لما معها من زيادة العلم وإن قال لغانم إن مت من مرضي فأنت حر وقال لسالم: إن برئت من مرضي فأنت =

ولو لم تَكُنِ المسألةُ هكذا، ولكن قال: يا سالمُ إن مِتُّ من مرضي هذا؛ فأنتَ حُرٌّ، ثُم قال: يا غانمُ إن بَرِئتُ من مرضي، فأنتَ حُرٌّ، ثم مات، وأقام كلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً، كانت بيِّنةُ من شَهِدَتْ له بأنَّه بَرِئَ أَوْلَى، ويَعْتِقُ على أحدِ القولَيْن؛ لأنَّها قد أَثْبَتَتْ زيادةً على شهادةِ الأولِ[1]، وهي البُرْءُ، فلم يكنْ بينهما تعارُضٌ[2]. [ب١٢٣/ ب] [خ٢١٠/ ب]

ولِهذا[3] فارقَ المسألتَيْن قبلها؛ لأنَّهما مُتَساوِيتان هناك، فدلّ على ما ذكرْناهُ، واللهُ أعلمُ.

***

= حر ثم مات فأقام غانم بينة بالموت من مرضه وأقام سالم بينة بأنه بريء من المرض ثم مات تعارضت البينتان وسقطتا ورق العبدان لأن بينة أحدهما: أثبتت الموت من مرضه ونفت البرء منه والأخرى أثبتت البرء من مرضه ونفت موته منه فتعذر الجمع بينهما فتعارضتا وسقطتا وبقي العبدان على الرق). انظر: «المهذب»٣/ ٤١٩، و«روضة الطالبين» ١٢/ ٨١.

وفي المسألة الأولى: (إذا شهد شاهدان أن فلانا قال: إن قتلت، فغلامي فلان حر، وشهد رجلان على قتله، وآخران على أنه قد مات موتا بغير قتل؛ ففي قياس من زعم أنه يقتل به قاتله يثبت العتق للعبد، ويقتل القاتل، وهذا قياس يقول به أكثر المفتين، ومن قال: لا أجعل الذين أثبتوا له القتل أولى من الذين طرحوا القتل عن القاتل، ولا آخذ القاتل بقتله؛ لأن هاهنا من يبرئه من قتله، وأجعل البينتين تهاترا لا يعتق العبد).

وفي المسألة الثانية: (وإذا شهد رجلان أن رجلًا قال: إن مت في رمضان؛ ففلان حر، وإن متّ في شوال؛ ففلان غيره حرّ، فشهد شاهدان أنه مات في رمضان، وآخران أنه مات في شوال، فينبغي في قياس من زعم أنه تثبت الشهادة للأول، وتبطل للآخر؛ لأنه إذا ثبت الموت أولًا لم يمت ثانيًا، وفي قول من قال: أجعلها تهاترا، فنبطل الشهادتين معًا، ولا يثبت الحقّ لواحد منهما معًا). انظر «الأم»٨/ ١٤٦.

(١) في (ب): (الأولى).

(٢) قال النووي [في «روضة الطالبين» ١٢/ ٨٢]: (فهل تقدم بينة سالم أم غانم، أم يتعارضان؟ أوجه، أصحها: الثالث)، فصحح القول بالتعارض، انظر المسألة في «الأم»: ٨/ ١٤٦، ١٤٩، و«المهذب» ٣/ ٤١٩، و«تهذيب» البغوي: ٨/ ٣١٥، ٣١٦.

(٣) في (خ): (وبهذا).

(٨٥٦): مسألة

[في عِتْقِ المُدَّبَرِ وأُمِّ الولدِ من الميراثِ]

عِتْقُ المُدَبَّرِ من الثُّلُثِ[١].

ويُفارِقُ [عِتْقَ][٢] أمِّ الولد حيث قُلْنا: [إنه][١] من رأس المالِ[٣]: هو أنَّ عِتْقَ أمِّ الولدِ وَجَب عن سببٍ لا يُمْكنُ فَسْخُه وهو الاسْتِيلاد؛ لأنَّه تَعلَّقَ بفِعْل؛ فلِهذا كان من رأسِ المالِ، وليس كذلك عِتْقُ المُدَبَّرِ؛ لأنَّه إمّا أن يكونَ[٤] وصيةٌ أو عِتْقٌ[٥] بصفةٍ، فأيُّهما[٦] كان فذلك[٧] مُتعيِّنٌ[٨] من الثُّلثِ، فدلّ على ما ذكرْناهُ.

فإن أَتَتِ المُدَبّرةُ بولدٍ، فهل يَتْبعُها في التّدْبِير، أم لا؟ على قولين[٩].

فإذا قُلْنا: [لا يَتبَعُها، فيكونُ][١٠] مملوكًا للسَّيدِ.

فالفرقُ بينه وبينَ أُمِّ الولدِ إذا أَتَتْ به [من][١١] غَيْرِ السَّيدِ؛ إمّا من زَوْج أو من زنًا، حيث قُلنا: إنَّهم يَتْبَعُون الأمَّ، فيَعْتِقون بعِتْقِها؛ لأنَّه قد ثَبَتَ لهم حُرْمةٌ، وهي حُرْمةُ الاستيلادِ للأُمِّ، وذلك سَبَبٌ لا يُمْكِنُ فَسْخُه، ولا الرجوعُ فيه فسَرَى إلى الوَلَدِ، والتَّدبيرُ بخِلافِه؛ لأنَّه تَعَلَّقَ بسببٍ ضعيفٍ يُمْكِنُ الرجوعُ فيه وفَسْخُه؛ فلِهذا لم يَسْرِ إلى الولدِ في أحدِ القولَيْن.

***

(١) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٧٤، ومنهاج الطالبين: ١/ ٣٦٣.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٤٢، و«المهذب» ٢/ ٣٩٧.

(٤) كذا بالنسخ التي بين أيدينا ووجهها أن (يكون) هنا تامة وأنها ليست على بابها وهي بمعنى يحدث.

(٥) وعلى ما سبق من معنى (يكون) فإعراب وصية فاعل وإعراب عتق معطوف عليه مرفوع فلا إشكال.

(٦) في (ب): (أو بها).

(٧) في (ب): (كذلك).

(٨) في (خ): (معتبر).

(٩) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٧٧.

(١٠) في (ب): (تبعها ويكون).

(١١) ساقط من (خ).

(٨٥٧): مسألة

[في ولدِ العبدِ يَتزوجُ معتقةً، أو أَمَةً]

إذا تَـزَوَّج عبدٌ لإنسانٍ مُعْتَقةً لرجلٍ فأولدَها أولادَها، كان الولدُ حرًّا تَبَعًا لأُمِّه، وولاؤُه لموالي[١] الأُمِّ، فإنْ أُعْتِقَ الأبُ بعد ذلك جَرَّ [ولاءَ أولادِه][٢] إلى موالي نفسِه[٣].

فإن لم تكنِ المسألةُ هكذا، ولكن تَزوجَ عبدٌ أمةً لإنسانٍ، فأَوْلدها أولادًا كانوا مماليكَ تَبَعًا للأُمِّ، فلو أَعْتَقَهم سيدُ الأَمَةِ؛ كان له الولاءُ عليهم.

[خ ٢١١/أ]

فلو أُعْتِقَ العبدُ [بعد][٤] ذلك؛ لم يُجُرَّ ولاءَ أولادِه، وإنَّما كان كذلك؛ لأنَّ هؤلاءِ مَسَّهم رِقٌّ [[٥]وباشَرَهم عِتْقٌ، بخِلافِ المسألةِ قبلها[٦]؛ فلِهذا افترقا.

***

(٨٥٨): مسألة

[فيمَن مَلَكَ أباه بنَسَبٍ]

كُلُّ من مَلَك أباه بنَسَبٍ؛ عَتَقَ عليه[٧]]، إلَّا المُكاتَبَ إذا مَلَكَ [أباه][٨] فإنَّه لا يَعْتِقُ عليه في الحالِ، لأنَّ المُكاتَبَ ليس من أهلِ العِتْقِ، وفي إعتاقِه عليه ضَرَرٌ؛ فلِهذا فارَقَ غيرَه[٩].

وهكذا لو مَلَكَ الرجلُ أباه من الرَّضاعِ، فإنَّه لا يَعتِقُ عليه؛ لأَجلِ أنَّ هذا الحُكْمَ مُخْتَصٌّ بالنَّسَبِ.

---

(١) في (ب): (لأولياء). (٢) في (ب): (وولاؤه).

(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٠٢، و«الحاوي الكبير»: ١٨/ ٩٥، ٩٦.

(٤) ساقط من (ب). (٥) بداية سقط من (ب).

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٠٣.

(٧) نهاية السقط من (ب)، انظر: «الأم»: ٥/ ٢٥٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٠.

(٨) ساقط من (خ).

(٩) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٧، ٤٣٨، و«المهذب» ٢/ ٣٨٧.

ألا تـرى أنَّ الأبَ[١] لا يُقتَـلُ بابنِـه[٢] مـن النَّسَـبِ، ويُقتَـلُ بابنِـه مـن الرَّضـاعِ، لأنَّ الرَّضـاعَ لا يَتعلّـقُ بـه إثبـاتُ نَسَـبٍ، إنَّمـا يَتعلَّـقُ بـه إثبـاتُ حُرْمـةٍ، وهـي حُرْمـةُ المُصاهـرةِ.

ومِـن ثَـمَّ قالـوا: إنَّ جماعـةَ نِسْوة لهـم أزواجٌ في كلِّ واحـدةٍ لَبَـنٌ مـن زوجِهـا، فحَلَبَـتْ كلُّ واحـدةٍ منهـم لَبَنًـا، وجَعلُـوه في إنـاءٍ وسَـقَوْهُ[٣] المولـودَ في خَمْـسِ رَضعـاتٍ[٤]، فإنَّـه [يكـونُ ابـنَ كلِّ][٥] واحـدة[٦] مـن الأزواجِ، ويكـون كلُّ واحـدٍ منهـم أبـاه علـى أحـدِ القولَيْـن. [خ ١٢٤/أ]

ولـو اشْـترك جماعـةٌ في وَطْء امـرأةٍ [بشُـبْهةٍ][٧]، فأتَـتْ بولـدٍ يُمْكـنُ أن يكـونَ مـن كُلِّ واحـدٍ منهـم؛ فإنَّـه لا يكـونُ ابـنَ[٨] جميعِهـم، بـل يُعْـرَضُ علـى القافـةِ، فمـن أَلْحَقَتْـه بـه لَحِقَـه، وكان ابنـه[٩].

وكان الفـرقُ بينهمـا: إثبـات النّسَـبِ هاهُنـا؛ فلِهـذا [لـم يَجُـزْ إلحاقُـه بأكثـرَ مـن واحـدٍ؛ لأنَّ اللهَ تعالـى][٧] لـم يُجْـرِ[١٠] العـادةَ بـأن يكـونَ للشَّـخْصِ الواحـدِ جماعـةُ آبـاءٍ ينسَـبُ[١١] إليهـم، وإثبـاتُ النّسَـبِ يَسـتَنِدُ إلـى الفِـراشِ، والفِـراشُ الواحـدُ لا يجـوزُ أن يكـونَ ثابتًـا لجماعتِهـم؛ فلِهـذا فـارقَ الرَّضـاعَ؛ لأنَّ ذلـك لا يَتعَلَّـقُ بـه إثبـاتُ نَسَـبٍ، وإنَّمـا يَتعلَّـقُ بـه انْتِشـارُ حُرْمـةٍ؛ فلِهـذا جـاز أن تَنْتشِـرَ بينـه وبيـن جماعـةِ رجـالٍ، فيكـون ابنًـا لهـم لأجـلِ وجـودِ الحُرْمـةِ، فـدلّ علـى مـا ذكرْنـاهُ، واللهُ أعلـمُ.

***

---

(١) في (خ): (الإنسان). (٢) في (خ): (بابنه الثابت).

(٣) في (ب): (وسقوا). (٤) في (خ): (دفعات).

(٥) في (خ): (لا يكون له من كل). (٦) في (خ): (واحد).

(٧) ساقط من (خ). (٨) في (ب): (من).

(٩) في (ب): (أبيه)، انظر: «الأم»: ٧/ ٤٨٨، «نهاية المطلب» ١٩/ ١٧٨، و«تهذيب» البغوي: ٨/ ٣٤٧.

(١٠) في (ب): (يجز). (١١) في (ب): (للنسب).

حَسَنةٌ من الفُروقِ

(٨٥٩): مَسْألة

يُقالُ: أليسَ [عندكم][١] المنافعُ تُضمَنُ بالغَصْبِ، مِثْلَ أن يَغْصِبَ دارًا أو ثوبًا أو حيوانًا، فيُقِيمَ [في يدِه][١] مُدّةً لِمثْلِها أُجْرةً، فإنَّكم قُلْتُم: عليه أُجْرةُ [المِثْلِ][٢] لتلك المُدّةِ، انتفَع [به، أو لم يَنتفِع][٣].

ثُمّ قُلْتم: لو غَصَب شجرًا وأقامَتْ في يدِه مُدّةً، ثم رَدّها؛ لم يَكُنْ عليه أُجْرةٌ][٢] لتلك المُدّةِ، فما الفرقُ بينهما؟

قلنا: هو أنَّ الشَّجرةَ [عَيْنٌ][١] لا يَصِحُّ عَقْدُ الإجارةِ عليها، وهذا هو الأصلُ فيما يُضْمَنُ منافعُه بالغَصْبِ؛ وهو [أنَّ][٢] كلَّ ما جازَ أن يُضْمَنَ بالإجارةِ؛ ضُمِنَتْ منافعُه بالغَصْبِ، وكلُّ ما لم يُضْمَنْ بالإجارةِ؛ لم تُضمَنْ منافعُه بالغَصْبِ، فإذا كان هذا [هو][٢] الأصلُ؛ بانَ الفرقُ بين المسألتَيْن[٤].

***

(٨٦٠): مَسْألة

[في بيعِ أحدِ الشريكَين شيئًا من مالِ الشركةِ]

لا يجوزُ لأحدِ[٥] الشَّريكَيْن أن يبيعَ شيئًا من مالِ الشَّرِكةِ بأقَلَّ من ثَمَنِ المِثْلِ إذا كان ذلك مِمّا يَتغابَنُ الناسُ بمِثْلِه، فإن فَعَل ذلك وسَلّم المَبيعَ؛ بَطَل البيعُ في نصيبِ شريكِه، وكان[٦] له ضامِنًا.

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢١٦، و«الحاوي الكبير»: ٧/ ١٥٩، ١٦٠.

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ١٦٢.

(٥) في (ب): (عقد).

(٦) في (خ): (وإن كان).

وهكذا لا يجوزُ لأحدِهما أن يَشْتريَ للشَّركةِ [شيئًا][(١)] بأكثرَ من ثَمَنِ المِثْلِ، ومتى فَعَلَ ذلك، ونَقَدَ الثَّمَنَ من مالِ الشركةِ؛ كان لحِصّةِ شريكِه ضامِنًا، ولا يَضْمنُ في المسألتَيْن إلَّا بالدَّفْعِ، وأمّا بالشُّرُوعِ[(٢)] في ذلك من غيرِ دَفْعٍ؛ فلا يَضْمَنُ.

[**ويُفارِقُ**] المُودَعَ[(٣)] إذا حَلَّ الدابّةَ ليركبَها، ولم يَفعلْ أو حَلَّ الثَّوْبَ لِيَلْبسَه أو فَتَح الكِيسَ، ليُخْرِجَ [منه][(١)] الدَّراهمَ؛ فإنَّه يكونُ ضامِنًا في هذه المواضعِ، وإن لم يَنتَفِعْ.

والفرقُ [بينهما][(٤)]: هو أنَّ الشَّريكَ مَأْذونٌ له في التَّصَرُّفِ فيما لم يُوجَدْ منه الخيانة والتَّعدي، فهو باقٍ على الإذنِ، ولا يزولُ ذلك إلَّا بما يَرْفَعُه[(٥)] وهو التَّعَدِّي، وليس كذلك في المُودَعِ، فإنَّه [غَيْرُ][(١)] مأذونٍ له [ب١٢٤/ب] في الانتفاعِ بالوديعةِ وبفِعْلِ ما فَعَل؛ خَرَج أن يكونَ أمينًا، وصار خائِنًا؛ فلِهذا كان ضامِنًا[(٦)].

فإن قيل: أليس قُلْت: إنَّه إذا تَعَدَّى في الوديعةِ؛ فإنَّه يَضْمَنُ، ثُمّ لو زال التَّعَدِّي؛ لم يَزُلِ الضَّمانُ، فما[(٧)] الفرقُ بينه وبين هذا إذا كان في يدِه عصيرٌ فإنَّه حلالٌ، فلو حَدَث فيه الشِّدَّةُ المُطْرِبةُ؛ صار حرامًا، ولو ارتَفَعتِ الشِّدةُ؛ صار حَلالًا[(٨)]، فهلَّا كان هاهُنا مِثْلَه؟

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) في (ب): (الشروع).

(٣) في (ب): (المدفوع).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (خ): (رفعه)، أي بما يرفع الإذن، والله تعالى أعلم.

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٤٨٨.

(٧) في (ب): (و).

(٨) انظر: «الأم»: ٤/ ٣٣٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٩٤.

قُلْنا: لا نقولُ ذلك، **والفرقُ**: هو أنَّ الشِّدَّةَ حدثَتْ[(١)] في يدِه بغيرِ صَنْعةٍ ولا فِعْلَ [له][(٢)] في ذلك؛ فلِهذا إذا ارتفَعتْ؛ عادت إلى الإباحةِ، وليس كذلك في الوديعةِ؛ لأنَّه خرَج عن أن يكونَ أَمِينًا بفِعْلٍ وُجِد منه، وهو التَّعَدِّي، فلِهذا لا يعودُ إلى الأمانةِ، إلَّا [بأَمْرٍ ثانٍ][(٣)] مِن ربِّها[(٤)]، وإن كان كذلك؛ بانَ الفرقُ بينهما.

***

(٨٦١): مَسألة

[في الشفعةِ في أرضٍ بِيعت فيه غِراسٌ، أو زرعٌ]

إذا باعَ شِقْصًا من أرضٍ فيه غِراسٌ؛ كان للشَّفيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ، ويَدْخُلُ الغِراسُ في ذلك على طريقِ التَّبَعِ، ولو لم يكنْ هكذا، ولكن كان في الشِّقْصِ زَرْعٌ لم يَتَّبعِ الزَّرعُ الشِّقْصَ، ولا ثَبَتَت فيه الشُّفْعةُ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الزَّرْعَ لا يَدْخُل في البيعِ بالإطلاقِ، وإنَّما يَدخُلُ بالشَّرْطِ، وليس كذلك الغِراسُ، فإنَّه يَدخُلُ في البيعِ بالإطلاقِ، وإنَّما كان كذلك؛ لأنَّ الغِراسَ يُرادُ للتَّأْبِيد، وليس كذلك الزَّرعُ، فإنَّه لا يُرادُ للتَّأْبِيدِ؛ فلِهذا افترقا في بابِ الشُّفْعةِ، فثَبَتَ[(٥)] في الغِراسِ على طريقِ التَّبَعِ دون الزَّرْعِ[(٦)].

***

(٨٦٢): مَسألة

[في الرجلِ يَحلِفُ مع شاهدِه أنَّ تلكَ جاريتُه قد استولدَها وهي في يدِ أجنبيٍّ]

إذا كان في يَدِ رَجُلٍ جاريةٌ، ولها ابنٌ، فجاء رجلٌ وادَّعى أنَّ هذه الجاريةَ له اسْتَولدَها في مِلْكِه، وأقام شاهدًا واحدًا، وحَلَف مع

---

(١) في (ب): (حدثت حصلت) كذا.
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (خ): (بأمن يأتي).
(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢١٥.
(٥) في (خ): (فيثبت).
(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٧/ ٢٦٩.

الشَّاهِدِ[١]؛ قُضِيَ له بالجاريةِ، وصارت أمَّ ولدٍ، وأَمَّا الابنُ فهل يُحْكَمُ له به، أَمْ لا؟ فيه قولان:

أحدُهما: يُحْكَمُ له به، واختاره المُزَنِيُّ تَبَعًا للأُمِّ.

والثاني: لا يُحْكَم له به؛ لأَنَّه[٢] لا يُقبَلُ في ثبوتِ النَّسبِ شاهِدٌ ويَمِينٌ[٣].

فلو حكمْنا بأنَّه[٤] ابنُه؛ كُنّا قد أَثْبتنا النَّسَب بشاهدٍ[٥] ويمينٍ، وليس كذلك [حُكْمُنا][٦] بالجاريةِ في أنَّها قد صارت أُمَّ ولدٍ؛ لأنَّا لو[٧] حَكَمْنا بكونِها أُمَّ ولدٍ؛ [حَكَمْنا][٨] بإقرارِه، لا بالشَّاهدِ واليمينِ[٩].

***

(٨٦٣): مسألة

[في اختلافِ الشهودِ في القتلِ والقذفِ]

ولو شَهِد أحدُ[١٠] الشَّاهدَيْن أنَّه قَتَل فلانًا غُدْوةً، وشَهِد الآخرُ أنَّه قَتَله عَشِيَّةً[١١]؛ لم تُقبلْ هذه الشَّهادةُ[١٢].

[وهكذا لو شَهِد أحدُهما أنَّه قَذَفه غُدْوةً، وشَهِد الآخرُ أنَّه قَذَفه عَشِيَّةً؛ لم تُقبَل هذه الشَّهادةُ][١٣].

---

(١) في (خ): (شاهده).
(٢) في (ب): (فإنه).
(٣) انظر: «الأم»: ٨/ ٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤١٤.
(٤) في (ب): (به).
(٥) في (ب): (لشاهد).
(٦) ساقط من (ب).
(٧) في (خ): (إنما).
(٨) ساقط من (خ).
(٩) في (خ): (ولا باليمين)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ٨٧، و«نهاية المطلب» ١٨/ ٦٣٧، «روضة الطالبين» ١١/ ٢٧٩.
(١٠) في (ب): (هذا).
(١١) في (خ): (غدوة)، تحريف، والمثبت موافق لما في «مختصر المزني».
(١٢) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٦٢.
(١٣) ساقط من (ب)، انظر: «الحاوي الكبير»: ١٧/ ٢٤٧.

ولو كان هذا في الإقرارِ، فشَهِد أحدُهما أنَّه أَقَرَّ بالقتلِ غُدْوةً، والآخرُ عَشِيّةً؛ قُبِلَت هذه الشهادةُ[١].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الإقرارَ إخبارٌ، واختلافُ الزمانِ فيه لا يُخرِجُه عن كونِه خَبرًا، فلِهذا كانت الشهادةُ فيه مقبولةً؛ لأَنَّهما قد اتَّفَقا على الإخبارِ، وليس كذلك في المسألة قبلها؛ لأنَّ تلك شهادةٌ[٢] على فِعْلٍ، وفِعْلُ الغَداةِ غيرُ الفِعْلِ عَشِيّةً، فلم تَتَّفِقِ الشهادةُ على الفِعْلِ، فلِهذا لم تُقبَلْ[٣]. [ب ١٢٥/ أ]

***

(٨٦٤): مَسْألَة

[في إقرارِ الأعجميِّ بنسبٍ]

إذا قَدِمَ إلينا عَجَمِيٌّ من دارِ الشِّرْكِ[٤]، فأَقَرَّ بنَسَبٍ، فهل يُقبَلُ ذلك، أم لا؟

[**قُلْنا**][٥]: لا يَخْلُو إمّا أن يكونَ عليه ولاءٌ، أو لا [ولاءَ][٦] عليه، فإن لم يكنْ عليه ولاءٌ لأحدٍ[٧]، فأقرَّ بنَسَبٍ؛ نَظَرْتُ فيه، فإن أَقَرَّ بابنٍ أو غيرِه؛ قُبِلَ ذلك إذا كان المُقِرُّ به[٨] صغيرًا، أو كان كبيرًا وصَدَّقَه على ذلك.

فإن كان عليه ولاءٌ، وأَقَر بنَسَبٍ كالأخِ والعَمِّ؛ لم يُقبَلْ، وإن أقرَّ بابنٍ، **فالمَذْهَبُ**: أنَّه لا يُقبَلُ.

ومن أصحابِنا من قال: يُقبَلُ.

[قال][٦]: **والفرقُ**: هو أنَّ به ضرورةً إلى الإقرارِ بالابنِ؛ لأنَّ [نسبَه [خ ٢١٣/أ]

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٣/ ٧٩.

(٢) في (خ): (الشهادة).

(٣) انظر: «الجمع والفرق»: ٣/ ٤٦٤.

(٤) في (ب): (الشرك مسلم).

(٥) ساقط من (خ).

(٦) ساقط من (ب).

(٧) في (ب): (أحد).

(٨) في (ب): (له).

لا يَثْبُتُ][1] إلَّا من جهتِه؛ [فمن هذا][2] قُبِل، وليس كذلك في الأَخِ؛ لأنَّه لا ضَرورةَ به[3] إلى ذلك.

وأيضًا[4]: فإنّ [الإقرارَ بالأخِ][5] إلحاقُ النَّسَبِ[6] بالغَيْرِ، وليس كذلك في الابْنِ [والعَمِّ][7]؛ فلِهذا افترقا.

[فإن كان عليه ولاءٌ، فأقرَ بنَسَبٍ، فقد قيل: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّ فيه إبطالَ حَقٍّ في الغَيْرِ][7].

[**فإن قيل**][8]: فإذا أقرَّ بولاءٍ لإنسانٍ، فهل يُقبَلُ، أم لا؟

قيل: لا يُقبَلُ.

ويُفارق النّسَبَ: هو أنَّه لمّا كان له أن يَستحدِثَ نسبًا بأن يَسْتولِدَ مَلَكَ الإقرارَ به بخِلافِ الولاءِ.

***

(٨٦٥): مَسألة

[في بيعِ المُدَبَّرِ والمُكاتَبِ]

يجوزُ بيعُ المُدَبَّرِ عندنا[9]، ولا يجوزُ بيعُ المُكاتَبِ[10].

والفرقُ: هو أنَّ بين السَّيدِ والمُكاتَبِ عَقْدٌ يَمْنَعُ من رجوعِه بأَرْشِ الجِنايةِ عليه، فلِهذا لم يَجُزْ [له][8] بيعُه[11]، وليس كذلك المُدَبّرُ[12]،

---

(١) في (ب): (لأنه لا نسب).
(٢) في (خ): (فلهذا).
(٣) في (خ): (له).
(٤) في (ب): (وربما).
(٥) في (خ): (إقراره للأخ).
(٦) في (خ): (للنسب).
(٧) ساقط من (خ).
(٨) ساقط من (ب).
(٩) انظر: «الأم»: ٨/ ٦٨٠، و«منهاج الطالبين» ص: ٣٦٣.
(١٠) انظر: «الأم»: ٥/ ٢٦٩، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٨.
(١١) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٨/ ٢٤٨.
(١٢) في (ب): (في المدبر).

فإنَّه لا عَقْدَ بينهما يَمْنعُ من رجوعِه بالجنايةِ عليه؛ فلِهذا جاز بيعُه.

يُوضِّحُ [صحةَ][1] ذلك: أنَّ مِلْكَ [السَّيدِ][2] على المُكاتَبِ قد زال وإنَّما بَقِي له عليه شِبْهُ[3] مِلْكٍ؛ فلِهذا لم يكنْ له بَيْعُه، وليس كذلك المُدَبَّرُ[4]، فإنَّه باقٍ على مِلْكِه بدليلِ جوازِ وَطْءِ المُدَبَّرَةِ بخِلافِ المُكاتَبةِ، واللهُ أعلمُ.

[ب١٢٥/ ب]

***

(٨٦٦): مسألة

[في بيعِ الدارِ المُؤاجَرةِ]

اخْتَلَف قولُ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في بيعِ الدارِ المُؤاجَرةِ على قولَيْن:

أحدهما: [لا يجوزُ بيعُها قياسًا على المرهونِ.

والقول الثاني: يجوزُ بيعُها، كما يجوزُ بيعُ الأَمةِ المُزَوّجةِ][5].

فإذا قُلنا: إنَّ البيعَ جائزٌ، **فالفرقُ بينه وبين المرهونِ:** هو أنَّ الرَّهْنَ تَعلّق برقبتِه حقٌّ يَسْتَوفي من[6] ثَمَنِه، وفي جوازِ بيعِه إبطالُ حَقِّ المُرتَهِنِ من الوثيقةِ؛ فلِهذا لم يَجُزْ.

وليس كذلك في الإجارةِ؛ لأنَّ عَقْدَ الإجارةِ يَتَناولُ المنافعَ[7]، فأكثرَ[8] ما فيه أن يكونَ المُشْتري مَلَكَ رَقَبةً [مَسْلوبةَ المنفعةِ][9]، فهو كالعبدِ المُوصَى بخدمتِه[10] إذا باعَه كان ذلك جائزًا قولًا واحدًا؛ فبان الفرقُ بينهما.

---

(١) ساقط من (ب). (٢) ساقط من (خ).

(٣) في (خ): (شبهة). (٤) في (ب): (في المدبر).

(٥) ساقط من (ب)، انظر: «المهذب» ٢/ ٢٦٥. (٦) في (ب): (عن).

(٧) في (ب): (المنافع ولكنها). (٨) في (خ): (وأكثر).

(٩) في (ب): (مساوية للمنفعة)، والمثبت موافق لما في «البيان» للعمراني: ٧/ ٣٧٤.

(١٠) في (ب): (لخدمته).

وإذا قُلنا: إنَّ البيعَ لا يجوزُ، فالفرقُ بينه وبين الأَمَةِ المُزَوَّجةِ: هو أن يَدَ الزَّوْجِ ليست [بيدٍ حائلةٍ بينها وبين المُشْتَرِي؛ فلِهذا جاز البيعُ قولًا واحدًا، وليس كذلك في مسألةِ الإجارةِ؛ لأنَّ ثَمَّ][1] يدًا حائلةً [بينهما][2]، وهي يدُ المستأجِرِ؛ فلِهذا افْترقا. [خ ٢١٣/ ب]

فأمّا إذا باع [الشيءَ المؤاجَرَ من المُسْتأجِر][3]، فإنَّ البيعَ يَصِحُّ قولًا واحدًا، وتكون المنافعُ تَحْدُثُ في مِلْكِه بحُكْمِ الإجارةِ إلى أن تَنقَضِيَ المدةُ؛ لأنَّ الإجارةَ لا تَنْفَسِخُ بالبيع[4].

فإن قيل: أليسَ لو باع أَمَتَه المُزَوَّجةَ من زوجِها أليس كان النكاحُ يَنفسِخُ في الحالِ، فما الفرقُ بينه وبين ما ذكرْتُموه من الإجارةِ؟

قُلْنا: الفرقُ بينهما: أنَّ أحكامَ المِلْكِ والزَّوْجِيةِ[5] مُتَضادّةٌ؛ فلِهذا لم يَجْتَمِعا وانْفَسَخ النكاحُ [في الحال][6] لحُدوثِ[7] المِلْكِ، وليس كذلك في الإجارةِ؛ لأنَّه لا تَنافي هناك، فلِهذا قُلنا: إنَّه إذا اشْتَراهُ [لا تَنفسِخُ][8] الإجارةُ في الحالِ، كما لو مَلَكَه بميراثٍ[9]، فدلّ على ما ذَكَرناه.

***

(٨٦٧): مسألة

حَسَنةٌ من الفُروقِ من كِتابِ التَّفْلِيسِ

وهي إذا اشْتَرى صاعَ زيتٍ بدرهمَيْن وخَلَطَه [بصاعٍ مِثْلِه][10]،

---

(١) ساقط من (ب). (٢) ساقط من (خ).

(٣) في (ب): (المواجر من الشيء المستأجر).

(٤) انظر: «نهاية المطلب» ٨/ ٢٧١، و«المهذب» ٢/ ٢٦٥.

(٥) في (ب): (والزوجة). (٦) ساقط من (خ).

(٧) في (ب): (بحدوث). (٨) في (خ): (انفسخ)، تصحيف.

(٩) انظر: «المهذب» ٢/ ٢٦٥. (١٠) في (خ): (بمثله).

وأَفْلَس بالثَّمَنِ [المشتري][١]، فإنَّ للبائعِ[٢] [أن][٣] يَرْجِعَ بعَيْنِ مالِه من هذا الزَّيْتِ المُخْتلط[٤].

فإن قيل: ما تقولُ فيه إذا اشْتَرى صاعًا من رُطَبٍ، فخَلَطَه بمِثْلِه، ثم أَفْلَس [بالثَّمَنِ][٥]، أيكونُ للبائعِ الرجوعُ بعَيْنِ مالِه، أم لا؟

قُلْت: هذه المسألةُ تُخَرَّجُ على قولَيْن في أنَّ[٦] القِسْمةَ بيعٌ أو إِفرازُ[٧] حَقٍّ.

[**فإن قُلنا**: إنَّها إفرازُ حَقٍّ][٥]؛ كان له الرجوعُ بعَيْنِ مالِه.

فإن قُلْنا: إنَّ القِسْمةَ بيعٌ فقد تَعَذَّر عليه الرجوعُ بمالِه، فعلى هذا الفرقُ بينهما، لو قُلْنا: إنَّ له أن يَرْجِعَ من هذا الرُّطَبِ بقَدْرِ مالِه؛ كان ذلك ربًا؛ لأنَّه[٨] بيعُ رُطَبٍ بعضُه ببعضٍ، وذلك لا يجوزُ، وليس كذلك في الزَّيْتِ؛ لأنَّ بيعَ بعضِه ببعضٍ مِثْلًا بمِثْلٍ جائزٌ[٩]؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

(٨٦٨): مَسْأَلة

[في الكتابةِ الحالّةِ والسَلَمِ الحالِّ]

[خ ٢١٤/أ]

[يُقال][٥]: لِمَ لَمْ تُجَوِّزُوا الكتابةَ الحالّةَ[١٠]، وجَوَّزْتُم السَّلَمَ الحَالَّ، وهما في المَعْنى سواء؟

---

(١) ساقط من (خ). (٢) في (خ): (البائع).

(٣) زيادة يقتضيها السياق.

(٤) في (ب): (المخلط)، انظر: «الأم»: ٤/ ٤٢٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٠١، «روضة الطالبين» ٤/ ١٦٩.

(٥) ساقط من (ب). (٦) في (ب): (باب).

(٧) في النسختين: (إقرار)، والمثبت موافق لما في «البيان» للعمراني، و«العزيز»، و«الروضة».

(٨) في (خ): (لأنه يكون).

(٩) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٦/ ١٩٥، والعزيز شرح الوجيز: ٣/ ٦٣، «روضة الطالبين» ٢/ ٢٣٨.

(١٠) انظر: «الأم»: ٩/ ٣٧٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٣، و«منهاج الطالبين» ص: ٣٦٤.

قُلْنا: الفرقُ بينهما: هو أنَّ الكتابةَ المقصودُ منها حصولُ العِوَضِ للسَّيدِ إذا كان ذلك [مُتيقّنُ الحصولِ][1]، وفي جوازِ الكِتابةِ الحالّةِ لا يُتيَقَّنُ الحُصولُ[2]؛ لأنَّه لا مالَ [للعبدِ

وفي][3] تلك الحالةِ، قَد حلَّ[4] الأجلُ فيهما ليَتمكَّن [به][5] العبدُ [من حصولِ العِوَضِ][6] إمَّا باكتسابٍ، أو اقْتِراضٍ[7] أو إيهابٍ، أو غيرِ ذلك. [ب١٢٦/أ]

وليس كذلك السَّلمُ الحالُّ؛ لأنَّ المقصودَ مُتيَقّنٌ حصولُه، وهو وجودُ المُسْلَمِ[8] فيه في الحال[9].

وقد قال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: السَّلَمُ غَرَرٌ، ودُخولُ الأجلِ فيه غَرَرٌ، فإذا جاز[10] مؤجّلًا، فإنه[11] يجوزُ حالاً مع كونِه أبعدَ من الغررِ أَوْلَى[12].

---

(١) في (خ): (بتيقن حصوله).

(٢) في (خ): (حصول الغرض).

(٣) في (خ): (العبد في).

(٤) في (خ): (فدخل).

(٥) ساقط من (خ).

(٦) في (خ): (وحصول العوض).

(٧) في (خ): (إقراض).

(٨) في (خ): (السلم).

(٩) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٨/ ١٤٧.

(١٠) في (خ): (كان).

(١١) في (خ): (فلا).

(١٢) حكى المزني عن الشافعي: ((قال): وإن فقد الرّطب أو العنب حتّى لا يبقى منه شيء في البلد الّذي أسلفه فيه قيل المسلّف بالخيار بين أن يرجع بما بقي من سلفه بحصّته أو يؤخّر ذلك إلى رطب قابل وقيل ينفسخ بحصّته «ونهى النّبيّ ﷺ حكيمًا عن بيع ما ليس عنده» وأجاز السّلف فدلّ أنّه نهى حكيمًا عن بيع ما ليس عنده إذا لم يكن مضمونًا وذلك بيع الأعيان، فإذا أجازه ﷺ بصفة مضمونًا إلى أجل كان حالًّا أجوز ومن الغرر أبعد فأجازه عطاء حالًّا). انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ١٨٩، و«المهذب» ٢/ ٧٢.

ولينظر «الفروق» للقرافي٣/ ٢٩٥ فله مناقشة للشافعية، وانظر «الحاوي الكبير» ٥/ ٣٩٥.

إذا كاتَبَه[١] على دينارٍ وخِدْمةِ شَهْرٍ بعد ذلك؛ [لم يَجُزْ، فإن كاتبه على خدمتِه شهرٍ ودينارٍ بعد ذلك][٢]؛ جازَ[٣].

ويُفارِقُ المسألةَ قبلها؛ لأنَّ هناك شَرَط تَأْخِيرَ المنفعةِ، وهي الخِدْمةُ؛ فلِهذا لم يَجُزْ، وليس كذلك هاهُنا؛ لأنَّه لم يَشْترطْ تَأْخِيرَها، فصار هذا كما [تقولُ إذا أَكْراهُ دارًا فشَرَط][٤] تأخيرَ التَّسْليمِ إلى مُدَّةٍ، أو قال: شهرًا بعد هذا الشَّهْرِ؛ فإنَّ ذلك لا يَصِحَّ، كذلك هاهُنا[٥].

***

(٨٦٩): مَسْأَلَة

[في صحةِ عَقَدِ الكتابةِ بعد موتِ السَّيدِ]

الكتابةُ الصَّحيحةُ لا تَبْطُلُ بمَوْتِ السَّيدِ[٦]، ولا[٧] تراجُعَ فيها بينه وبين العبدِ، ويكونُ ما يَفْضُلُ في يدِ العبدِ بعد الأداءِ له[٨]، ويكونُ مكاتَبًا على العِوَضِ الذي وَقَع عليه العَقْدِ، ويكونُ الكَسْبُ للعبدِ.

وفي الكتابةِ الفاسدةِ لا يَثْبُتُ شيءٌ من هذه الأحكامِ، فتَبطُلُ بموتِ السَّيدِ، ويَثْبُتُ التَّراجُعُ بينهما، ولا يكونُ الكَسْبُ له ويَصِيرُ مكاتَبًا على قيمتِه[٩].

---

(١) في (ب): (كان).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «الأم»: ٩/ ٣٧٠، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٣.

(٤) في (خ): (لو أمهر امرأة دارا فشرط لها).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٨/ ٤٣٣.

(٦) انظر: «الأم» : ٩/ ٣٥٧، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٤.

(٧) في (ب) : (إلا).

(٨) أي: للسيد؛ لأنه كان مالكا له قبل العتق، فلم يزل ملكه عنه بالعتق. انظر: «الحاوي الكبير»: ١٨/ ١٦٨.

(٩) في (ب) : (قسمة)، انظر : «مختصر المزني» : ٨/ ٤٣٤.

وكذلك **يفترقا**[١] **في حُكْمٍ آخرَ**: وهو أنَّ السَّيدَ في الكتابةِ الصحيحةِ إذا أبرأَ العبدَ عن المالِ [قامَ ذلك][٢] مقامَ الأداءِ في حصولِ العِتْقِ، وفي الكتابةِ الفاسدةِ لو[٣] أبرَأَهُ؛ لم يَعتِقْ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الكتابةَ تَشْتملُ على عِوَضٍ وصفةٍ، **فالعِوَضُ**: كاتَبْتُك على كذا وكذا، **والصفةُ**: إذا أَدّيتَه فأنتَ حُرٌّ، فإذا كانت صحيحةً؛ كان الغالِبُ[٤] فيها حُكْم المعاوضةِ؛ فلِهذا تعلَّقت به الأحكامُ الذي ذكرْنا.

[وإذا كانت فاسدةً؛ كان المُغَلَّبُ فيها حُكْمَ الصِّفةِ، لأنَّ العِوَضَ يَبْطُلُ ويَصِيرُ الحكمُ للصِّفةِ؛ فلِهذا لم يَتعلّقْ به شيءٌ من الأحكامِ الذي ذكرْنا][٥].

***

(٨٧٠): مَسألة

[في موتِ المُكاتبِ وقد خَلّف وفاءً]

إذا ماتَ المُكاتَبُ وخَلَّف وفاءً بطَلَتِ الكتابةُ، و[كان][٥] ما خلَّفه مِلْكًا للسَّيد ولا يَعْتِقُ[٦].

فإن قال قائل: ما تقولُ فيه إذا ماتَ وعليه دُيونٌ، وخَلَّف وفاءً أليس يُصرَفُ ذلك إلى غرمائِه، وتَبْرأُ ذمتُه، فهلّا كان في المكاتَبِ مِثْلُه؟

قيل: لا نقولُ ذلك.

---

(١) في (خ): (تفرقا).

(٢) في (ب): (بأنه يقوم).

(٣) في (خ): (أو).

(٤) في (ب): (المغلب).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) انظر: «الأم»: ٩/ ٣٨٦، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٤، و«روضة الطالبين» ١٢/ ٢٥٨.

والفرقُ بينهما: أنَّ مالَ الكتابةِ جُعِل شَرْطًا في [صحةِ العِتْقِ][١]، ونحنُ قد حكمْنا ببُطْلانِ الكِتابةِ في آخرِ جُزْءٍ من حياتِه، فلو قُلنا: إنَّه [إذا][٢] خلَّف وفاءً، أنَّه[٣] يَعتِقُ؛ [كُنّا إمّا نَحْكُمُ][٤] بعِتْقِه في آخرِ جزءٍ من آخرِ حياتِه، وذلك باطلٌ؛ لأنَّه يكونُ قد سَبَق العِتْقُ الشَّرْطَ.

فإذا حَكَمْنا بأنَّه[٥] صار حُرًّا بعد الموتِ؛ كُنّا قد أَوْقعنا العِتْقَ في مَيِّتٍ، وذلك لا فائدةَ فيه، وكلا الأَمرَيْن باطلٌ؛ فلِهذا قُلنا: إنَّه يموتُ رقيقًا ولا يَعتِقُ.

وليس كذلك في المُفْلِسِ؛ لأنَّه يَحصُل له بذلك خَلاص ذمّتِه، والميتُ والحَيُّ في ذلك سواء، **ألا تَرى** أنَّ السَّيدَ لو أَبْرأَ العبدَ بعد موتِه من مالِ الكتابةِ، لم تَكُنْ فيه فائدةٌ، وكذلك إذا خَلَّف وفاءً [وفي المسألتَيْن][٦] المُفْلِس بخِلافِه.

[ب ١٢٦/ ب]

***

(٨٧١): مَسْألة

[في عيبِ العوضِ في الكتابةِ، وفي الخُلعِ]

إذا كاتبَه على عِوَضٍ كتابةً صحيحةً، فجاءه[٧] به فوَجَد به السَّيدُ عَيْبًا؛ كان له الرَّدُّ، وإذا رَدّه بَطَلَ العِتْقُ[٨]، ولو طَلَّق امرأتَه على عِوَضٍ، فجاءته به فوَجَد به عَيْبًا فرَدَّه؛ لم يَرْتَفِع[٩] الطلاقُ الواقعُ[١٠].

---

(١) في (خ): (عتقه).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (ب): (قلنا إنه).
(٤) في (خ): (كما قلنا: إما أن يحكم).
(٥) في (ب): (به قد).
(٦) في (خ): (في).
(٧) في (ب): (جاء).
(٨) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٤، و«المهذب» ٢/ ٣٩٠، و«منهاج الطالبين» ص: ٣٦٥.
(٩) في (ب): (يقع)، تصحيف.
(١٠) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٩٣.

والفرقُ: هو أنَّ المُغَلَّبَ في الكتابةِ المعاوضةُ، فجَرَت مَجْرى البيعِ، فلِهذا إذا رَدَّه بالعيبِ؛ بَطَلَ العِتْقُ، كما يَبْطُلُ في البيعِ، وليس كذلك في الطَّلاقِ؛ لأنَّ المُغلَّبَ[١] فيه حُكْمُ[٢] الصِّفةِ، وقد وُجِدَتِ الصِّفةُ بعطاءِ المعيبِ، كما يوجدُ بعطاءِ[٣] السَّليمِ[٤]؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

[في ادعاءِ المُرتهِنِ والمودَعِ الردَّ]

(٨٧٢): مَسْألة

إذا ادَّعى المُرْتَهنُ رَدَّ الرَّهْنِ إلى الرَّاهنِ، فأنكرَ الرَّاهنُ ذلك، كان القولُ قولَ الرَّاهنِ[٥].

ويُفارِقُ المُودَعَ إذا ادَّعى رَدَّ الوديعةِ، وأَنْكَر صاحبُها حيث قُلْنا: إنَّ القولَ قولُ المُودَعِ[٦]: [هو أنَّ][٧] المُرْتَهنَ أَخَذَ العَيْنَ[٨] لمنفعةِ نفسِه؛ فلِهذا لم يُقبَلْ قولُه في الرَّدِّ، وليس كذلك المُودَعُ؛ لأنَّه أَخَذ[٩] الشَّيءَ لمنفعةِ صاحبِه؛ فلِهذا كان القولُ قولَه في رَدِّه، وإذا كان كذلك؛ دَلّ على افتراقِهما[١٠].

***

[إذا حلَّ نَجمٌ حَلَّ جُنونُ المُكاتبِ]

(٨٧٣): مَسْألة

إذا جُنَّ المكاتَبُ وقد حَلَّ عليه نَجْمٌ أو حَلّ عليه نَجْمٌ في حالِ جُنونِه[١١] وأرادَ السَّيدُ الفَسْخَ، ورفعَ الأمرَ إلى الحاكمِ، وفُسِخَ، ثم أفاقَ

---

(١) في (ب): (الغلبة). (٢) في (ب): (بحكم).

(٣) في (خ): (بإعطاء). (٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٨/ ١٩٥.

(٥) انظر: «المهذب» ٢/ ١١١. (٦) في (ب): (الراهن).

(٧) في (ب): (لأن). (٨) في (خ): (الشيء). (٩) في (ب): (أدى).

(١٠) انظر: «المهذب» ٢/ ١١١، والبيان في مذهب الإمام: ٦/ ١٢٩.

(١١) في (ب): (حياته).

المكاتَبُ ومعه مالٌ، وأراد أن يُؤَدِّيَه في كتابتِه، فإنَّ الفَسْخَ يَنْتَقِضُ، ويكونُ له أن يَدْفَعَ وفاءَ كتابتِه، ويرجعُ عليه السَّيدُ بما أنْفقه في تلك المُدّةِ[١].

ولو لم يكنْ هكذا، ولكن لمّا أَفاقَ العبدُ أقام البيِّنةَ [بأنَّه قد دَفَع إلى السَّيدِ ماله قبل الجُنونِ قُبل هذه البيِّنةِ][٢]، وبَطَلَ ذلك الحُكْمُ وعَتَقَ العبدُ، ولا يرجعُ السَّيدُ بما أَنْفَق عليه هاهُنا[٣]؛ لأنَّه يقولُ: أنا صادِقٌ في دَعْوايَ، وإني لم أَقْبِضْ منه شيئًا، وإنَّما[٤] أَنْفَقْتُ عليه وهو عبدي، والبيِّنةُ شهِدت عليَّ بزُورٍ؛ فلِهذا لم يِرْجعْ بما أَنْفَق بخِلافِ المسألةِ الأُولى، فدلّ على ما ذكرْناهُ.

***

[في بيع المُدَبَّر وأُمِّ الولدِ]

(٨٧٤): [مَسْألة][٢]

يُقالُ: لِمَ جاز بيعُ المُدبّرِ[٥]، ولم يَجُزْ بيعُ أمِّ الولدِ[٦]؟

قيل: الفرقُ بينهما: أنَّ أُمَّ الولدِ سَبَبُ الحُرْمةِ[٧] قد ثَبَت فيها [عن][٢] فِعْلٍ وهو الاستيلادُ، وقد تعلَّقَ بها حُرْمةٌ[٨]، وهو علوقُها بالحُرِّ، فلِهذا لم يَجُزْ بيعُها، وليس كذلك التَّدبيرُ؛ لأنَّه ثَبَتَ[٩] عن قولٍ لا عن فِعْلٍ، ولم يَثْبُتْ له حُرْمةٌ[٨]، فالقولُ أضعفُ من الفِعْلِ[١٠].

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٤١، و«المهذب» ٢/ ٣٩٠.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٩٠.

(٤) في (ب): (ولو).

(٥) انظر: «الأم»: ٨/ ٦٨٠، و«منهاج الطالبين» ص: ٣٦٣.

(٦) انظر: «المهذب» ٢/ ١١، و«منهاج الطالبين» ص: ٣٦٩.

(٧) في (خ): (الحرية).

(٨) في (خ): (حرية).

(٩) في (خ): (يثبت).

(١٠) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ٤١٠.

ألا ترى أنَّ اسْتِيلادَ المحجورِ عليه يَصِحُّ، وعِتقَه لا يَصِحُّ، وكان الفرقُ بينهما ما ذكرْناهُ، وكذلك في[1] مسألتِنا فلِهذا قُلْنا: إنَّ عِتْقَ أمِّ الولدِ من رأسِ المالِ وعِتْقَ المُدَبَّرِ من الثُلُثِ، فدلَّ على ما ذكرْناهُ.

***

[في جِنايةِ أُمِّ الولدِ]

(٨٧٥): **مَسْأَلَة**

إذا جَنَتْ أُمُّ الولدِ؛ فعلى[2] سيدِها أن يَفْدِيَها بأقلِّ الأمرَيْن من أَرْشِ الجنايةِ أو من قيمتِها[3]، فإذا فَدَاها بذلك، وتَسلَّمَه المَجْنِيُّ عليه، ثم جَنَت ثانيًا [على إنسانٍ آخرَ؛ ففيها قولان:

أحدُهما: أنَّ المَجْنيَّ عليه ثانيًا][4] شاركَ[5] المَجْنِيَّ عليه أولًا فيما يَحصُلُ له، فيُقَسَّطُ ما في يدِ الأولِ على قدرِ أَرْشِ جنايتِه وجنايةِ الثاني، ولا يَلْزمُ السَّيدُ شيئًا[6]، وهكذا كُلَّما جنَتْ ثالثًا، ورابعًا.

والقولُ الثاني: [أنَّ][7] على السَّيدِ أن يَفْدِيَها بأقلِّ الأمرَيْن أيضًا، وعلى هذا كلَّما[8] جَنَت ثالِثًا ورابعًا[9].

[في ظهورِ غريمٍ بعد تقسيمِ مالِ المُفْلِسِ على الغرماءِ]

فإذا قُلْنا بهذا القولِ يُقالُ[10]: ما الفرقُ بين هذا، وبين المُفْلِسِ إذا قَسَّم مالَه على غرمائِه، ثم ظَهَر غريمٌ أنَّ القِسْمَةَ تُنتَقَضُ ويُشاركُ هذا الغريمُ الغُرماءَ في قَدْرِ مالِه قولًا واحدًا؟

---

(١) في (ب): (قلنا في).

(٢) في (ب): (فقبل).

(٣) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٩٨.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (خ): (يشارك).

(٦) في (ب): (شيء).

(٧) ساقط من (ب).

(٨) في (ب): (إذا).

(٩) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٩٨.

(١٠) في (ب): (وقال).

قُلْنا: الفرقُ بينهما: أنَّ المَجْنِيَّ عليه ثانيًا تَجَدَّد حقُّه بعد ما اسْتَقَرَّ مِلْكُ الأولِ على ما حَصَل له؛ فلِهذا لم يُشارِكْه[1] في ذلك.

وليس كذلك في المُفْلِسِ فإنَّ[2] حَقَّ هذا الغريمِ كان موجودًا وَقْتَ القِسْمةِ[3] على غيرِه، وإنَّما التَّفْريطُ وَقَع من القاسِمِ حيث لم يَكْشِفْ عن ذلك؛ لأنَّه[4] تَجَدَّد بعد ذلك، وإذا كان كذلك، دَلَّ على الفَرْقِ بينهما. [خ ٢١٦/أ]

***

(٨٧٦): مسألة

[في الأَمَةِ تغرَّ الحُرَّ بأنَّها حُرَّةٌ، والنصرانيةِ أنَّها مسلمةٌ]

وإذا نكحَ الحرُّ أَمَةً[5] ظنًّا منه أنَّها حُرةٌ فإذا هي أَمَةٌ، قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لم يكنْ له الخِيارُ[6].

وهذه المسألةُ [إنَّما][7] تُتَصَوَّرُ إذا كان الرجلُ[8] مِمَّن [يجوزُ][9] [له][7] التَّزْويجُ بالإماءِ، وأمّا إذا كان مِمّن لا يجوزُ له التَّزْويجُ بالإماءِ؛ فالنكاحُ باطِلٌ قولًا واحدًا.

وقال فيه إذا نكَح المسلمُ امرأةً ظنًا منه أنَّها مُسْلِمةٌ فإذا هي كتابيةٌ: كان له الخِيارُ[10].

واختَلَف أصحابُنا في هذه المسألةِ على طريقَيْن:

فمنهم من نَقَل جوابَ إحدى المسألَتْين إلى الأُخرى، وخَرَّجهما[11] على قولَيْن، ومنهم من أَجْرى المسألَتَيْن على ظاهرِهما.

---

(١) في (ب): (يشارك). (٢) في (خ): (في أن). (٣) في (ب): (القسم).

(٤) في (ب): (إلا أنه). (٥) في (خ): (امرأة).

(٦) انظر: «الأم»: ٦/ ١١٧، ١١٨، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٨، و«منهاج الطالبين» ص: ٢١٦.

(٧) ساقط من (ب). (٨) في (ب): (الأجل). (٩) ساقط من (خ).

(١٠) انظر: «الأم»: ٦/ ٢٣، و«مختصر المزني»: ٨/ ٢٧٨. (١١) في (ب): (وخرجها).

وفَرّق بينهما بأن قال: وَلِيُّ الكافرةِ[١] كافِرٌ، وعليه عَلَمٌ ظاهِرٌ ولا يكادُ يَخْفى، فإذا ترك ذلك الزِّيَّ اشْتَبَه على الزّوْجِ، وصار التَّفْريطُ من غيرِه، وليس على المسلمِ الكَشْفُ عن ذلك، وهو غيرُ مُفَرِّطٍ؛ فلهذا كان له الخِيارُ.

وليس كذلك في مسألةِ الأَمَةِ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ؛ فلِهذا لم يكنْ له الخِيارُ[٢]؛ لأنَّ وَلِيَّ المسلمةِ مُسْلِمٌ، فلمّا تركَ الفَحْصَ كان التَّفريطُ من جهتِه، فبان الفرقُ بينهما.

[وهذه المسألةُ إنَّما تُتَصوّرُ فيما يجوزُ له التَّزويجُ بالإماءِ، وإلَّا فالنكاحُ باطِلٌ قولًا واحدًا][٣].

***

(٨٧٧): مسألة

[في تزوُّجِ بنتِ المَزني بها من الزاني، وبنتِ المُلاعنةِ من المُلاعنِ]

يجوزُ للزَّاني أن يتَزَوَّجَ ببنتِ المَزْنِيِّ بها على مَذْهبِ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، ولكنَّه يُكْرَه، ولأيِّ مَعْنىً يُكْرَهُ فيه وجهان:

[منهم من قال: إنَّما كُرِهَ][٤] لاختلافِ الناسِ فيه.

ومنهم من قال: إنَّما يُكْرَهُ[٥] لجوازِ أن تكونَ مخلوقةً من مائِه، فعلى هذا إذا تَحقَّقْنا أنَّها مَخْلوقةٌ من مائِه حَرُمَ [عليه][٦] تَزْوِيجُها[٧].

[ب ١٢٧/ ب]

والتعليلُ الأولُ: أصحُّ؛ لأنَّ ماءَ الزاني لا حُرْمةَ له.

---

(١) في (خ): (الكافر). (٢) وقع في (ب) زيادة هي سبق نظر (وليس كذلك في مسألة).

(٣) ساقط من (خ). (٤) في (ب): (من أصحابنا من قال).

(٥) في (خ): (كرهه). (٦) ساقط من (ب).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٢١٨، و«البيان في مذهب الشافعي»: ٩/ ٢٥٦.

وأمّا إذا قَذَفَ الزّوْجُ امرأتَه بالزّنا، وهناك بنتٌ فلاعَنَها، فنَفَى النَّسَبَ، فهل يجوزُ له التَّزويجُ بالبنتِ، أم لا؟ فيه وجهان:

أحدُهما: يجوز، كما جازَ في بنتِ المَزْنِيِّ بها.

والثاني: [لا يجوزُ][1]، هذا إذا كان لم يَدْخُلْ بالأُمِّ، فأمّا إذا كان قد دَخَل بالأُمِّ، لم يَجُزِ التَّزويجُ بها وَجْهًا واحدًا.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ هذه ابنتُه في الباطنِ بدليلِ أنَّه لو أَكْذَبَ نفسَه عاد النَّسَبُ إليه؛ فلِهذا لم يكنْ له التَّزوِيجُ بها، وبِنْتُ المَزْنِي بها ليست [بينه وبينها][2] نَسَبٌ لا باطنًا ولا ظاهرًا؛ فلِهذا [لم يكنْ له التَّزويجُ بها][3]، وهذا الوجهُ أَصَحُّ.

***

(٨٧٩): مَسْألة

[في نفقةِ امرأةِ المفقودِ، إذا قَدِمَ الزوجُ بعد الفُرقةِ]

قد ذكرْنَا أنَّ امرأةَ المفقودِ لا يجوزُ لها أن تَتَزَوَّجَ، وأنَّها على الزّوْجِيةِ حتى يُتيَقَّنَ موتُه أو يأتيَها طلاقُه على مذهبِ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في الجديدِ[4].

فإذا ثَبَتَ هذا، فإن خالعَتْ[5] وتزَوَّجَتْ، فإنَّه يُفَرَّقُ بينها وبين الزّوْجِ الثاني، وتَعْتَدُّ عنه، فإن عادَتْ إلى بيتِ الزَّوْجِ الأولِ، ثم قَدِمَ الزوجُ وهي في بيتِه، فهل يكونُ لها أن تَرْجِعَ عليه بالنَّفَقةِ من يومِ رَجَعَتْ إلى بيتِه، أم لا؟

قال في موضعٍ: لها ذلك، وقال في موضعٍ آخرَ: ليس لها ذلك.

---

(١) في (خ): (قيل).

(٢) في (ب): (بنته وبينهما).

(٣) في (خ): (افترقا).

(٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٣٣٠.

(٥) في (خ): (خالفت).

فمن أصحابِنا من قال: المسألةُ على اختلافِ حالَيْن؛ فالموضعُ الذي قال: تَرْجعُ[١] بالنَّفقةِ إذا كان [ذلك][٢] بحُكْمِ الحاكمِ، والموضعُ الذي قال: لا تَرْجعُ بالنَّفقةِ إذا كانَتْ فَعَلَتْ ذلك بنفسِها من غيرِ حُكْمٍ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا كان ذلك بحُكْمِ حاكمٍ، فهو أَمْرٌ قَوِيٌّ، وقد صاغَ له فيه[٣] الاجتهادُ؛ فلِهذا رجعَتْ بالنَّفقةِ، وليس كذلك إذا فعلَتْه بنفسِها؛ لأنَّه أمرٌ ضعيفٌ فُعِلَ بغَيْرِ اجتهادٍ؛ [بتَفْريطٍ][٤] منها؛ فلِهذا افْترقا[٥].

***

(٩٨٠): **مَسْأَلَةٌ**[٦]

إذا تزوَّج الرجلُ بامرأةٍ، فقَتلَتْ نفسَها قبل الدُّخولِ، فهل يَسقُطُ مَهْرُها، أم لا؟

قال في موضعٍ: إنَّ مَهْرَها لا يَسقُطُ، وقال فيه إذا تزوّجَ بأَمَةٍ فقَتلَتْ نفسَها: يَسقُطُ مَهْرُها[٧].

واختلف أصحابُنا في مسألةٍ[٨] على طريقَيْن، فذَهبَ أبو العباسِ وغيرُه إلى نَقْلِ جوابِه من إحدى المسألتَيْن إلى الأُخرى، وخرَّجَها على قولَيْن:

أحدهما: يَسقُطُ المَهْرُ، لأنَّ الفُرقةَ جاءَتْ من قِبَلِها فأشْبَه إذا ارْتَدَّت.

والقول الثاني: لا يَسقُطُ كما لو ماتَتْ.

وقال أبو إسحاقَ: المسألتَيْن على ظاهرِهما.

---

(١) في (ب): (لا ترجع).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (خ): (ضاع له فيكم).
(٤) ساقط من (خ).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير»: ١١/ ٣٢٢.
(٦) بداية سقط من (خ).
(٧) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٦٨.
(٨) كذا في الأصل.

والفـرقُ بينهمـا: أنَّ الحـرةَ قـد صـارت مُسْـلِمةً نفسَـها بنَفْـسِ العَقْـدِ؛ فلِهـذا لـم يَسـقُطْ مَهْرُهـا بقَتْلِهـا نفسَـها، وليس كذلـك في [الأَمَـةِ][1]، فإنَّهـا لـم تَصِـرْ مُسـلِمةً نفسَـها بنَفْـسِ العَقْـدِ[2].

[ب ١٢٨/أ] ألا تـرى أنَّ الزَّوجَ ليس لـه المُسافَرةُ بها بغيرِ إذنِ السَّيد؛ فلِهـذا سَقَطَ مهرُهـا إذا قتلَـتْ نفسَـها قبـل الدخـولِ[3]؛ فبـان الفـرقُ بينهمـا][4].

***

(٩٨١): مَسْأَلَةٌ

[حَسنَةٌ][5] من الفُروقِ

[قـال الشَّـافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ][6]: إذا مـات أحـدُ[7] المُتبايِعَيْـن[8] في [مُـدَّةِ][6] خيـارِ المَجْلسِ، قـام وارِثُـه مقامَـه، ولـم يَنْقَطِـعْ خيـارُه بالمـوتِ[9].

فأمّـا المُكاتَـبُ إذا بـاع واشْـتَرى ومـاتَ قبـل أن [تَنْقَضِـيَ مُـدّةُ][10] الخيـارِ، فقـال الشَّـافعيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَجَـبَ البيـعُ.

واختلف أصحابُنا في ذلك على ثلاثةِ طُرُقٍ[11]:

---

(١) في (ب): (وجه).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ١٧٢، ١٧٣.
(٣) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٥/ ٣٢٠، ٣٢١.
(٤) نهاية السقط من (خ).
(٥) ساقط من (ب).
(٦) ساقط من (خ).
(٧) في (ب): (بعض).
(٨) في (خ): (المتعاقدين).
(٩) انظر: «الأم»: ٤/ ١١، و«مختصر المزني»: ٨/ ١٧٣.
(١٠) في (خ): (يقضي).
(١١) نظرا لكثرة طرق المسألة ننقلها بطولها قال الماوردي: (مسألة: قال الشافعي رحمه الله تعالى: « فإن مات أحدهما قبل أن يتفرقا فالخيار لوارثه «.

قال الماوَردي: ذكر الشافعي في هذا الموضع من كتاب البيوع أن خيار المجلس لا يبطل بالموت ويكون موروثًا.

وقال في كتاب المكاتب: إن مات المكاتب وقد باع أو اشترى قبل أن يتفرقا، فقد وجب البيع. =

منهم من قال: لا يَنْقطِعُ فيهما الخِيارُ.

ومنهم من قال: فيهما قولان.

ومنهم من قال بظاهرِ كلامِ الشافعيِّ: يَلْزمُ [ذلك][(١)] بالموتِ ولا خيارَ للسَّيدِ.

= زاد أبو حامد في «جامعه»: ولم يكن للسيد الخيار. فظاهر قوله: فقد وجب البيع: يوجب قطع الخيار بالموت وأن لا يكون موروثا لسيده، وقد صرح به أبو حامد في الزيادة التي ذكرها. واختلف أصحابنا في اختلاف نصه في هذين الموضعين على ثلاثة مذاهب:

أحدها وهو مذهب أبي إسحاق المروزي: أن المسألة على قولين في الموضعين:

أحدهما: أن الموت يقطع خيار المجلس في بيع الحر والمكاتب، ولا ينتقل إلى وارث الحر ولا إلى سيد المكاتب، لأنه لما انقطع الخيار بمفارقة الأبدان، فأولى أن ينقطع بالموت المفرق بين الأرواح والأبدان.

والقول الثاني: إن الخيار لا ينقطع بالموت، وينتقل إلى وارث الحر وسيد المكاتب -وهو أصح القولين؛ لأن الخيار قد ثبت في المجلس بالعقد وفي الثلاث بالشرط، فلما لم ينقطع خيار الثلاث بالموت وكان موروثًا، وجب ألا ينقطع خيار المجلس بالموت ويكون موروثًا، ولأنه لما لم ينقطع خيار المجلس بالتفرق على وجه الإكراه، كان أولى ألا يبطل بالموت، لأنه أكثر إكراهًا.

والمذهب الثاني من مذاهب أصحابنا: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن المسألة على قول واحد في الموضعين، وأن الخيار لا ينقطع بالموت، لما ذكرنا، ويكون متنقلًا إلى وارث الحر وسيد المكاتب.

وقوله في المكاتب: فقد وجب البيع: قصد به الرد على من زعم أن المكاتب إذا مات في مدة الخيار بطل البيع، لأنه يموت عبدًا.

والمذهب الثالث: أن الجواب مختلف على اختلاف نصيه في الموضعين، فيكون الخيار منتقلًا عن الحر إلى وارثه، ولا ينقطع بموته، ولا ينتقل عن المكاتب إلى سيده، وينقطع بموته. والفرق بينهما: أن الحرَّ ينتقل ماله إلى وارثه بالإرث وحدوث الموت، فقام في الخيار مقام مورثه، كما قام مقامه في غيره. وليس كذلك المكاتب، لأنه ينتقل ماله إلى سيده بالملك المتقدم، لا بالإرث، فلما بطل خيار المكاتب بالموت لم ينتقل إلى سيده بحق الملك، كالوكيل إذا مات في مدة الخيار لم ينتقل الخيار إلى موكله، لأنه ينتقل إليه بحق الملك لا بالإرث).انظر «الحاوي الكبير» ٥/ ٥٧و٥٨.

(١) ساقط من (خ).

وفرَّق بينهما: بأنَّ المُكاتَبَ إذا [مات][(١)] بَطَل عَقْدُ الكتابةِ، وانْتَقل المالُ إلى السَّيْدِ لا على سبيلِ الإِرْثِ، لكنْ بحَقِّ المِلْكِ المُتَقدمِ، فلِهذا قُلنا: [إنَّه][(١)] لا خيارَ [له][(١)] فهو كالوكيلِ إذا ماتَ في مُدّةِ الخِيارِ؛ لم يَقُمِ المُوكِّلُ مُقامَه.

وليس كذلك في خِيار المَجْلِسِ إذا مات المُتبايِعَيْن؛ لأنَّ الحَقَّ هناك يَنْتَقِلُ إلى الوارثِ على سبيلِ الإِرْثِ؛ فكذلك[(٢)] انْتَقل إليه بجميعِ حقوقِه؛ فلِهذا كان له الخِيارُ؛ لأنَّه قائمٌ[(٣)] مقامَ موروثِه[(٤)]، فدلّ على ما ذكرْناه.

***

(٩٨٢): مَسْألَة

[فيما إذا تَزوّجَ أربعًا في عقدٍ واحدٍ بألفٍ]

إذا تَزَوّج أربعًا في عَقْدٍ واحدٍ بألفٍ؛ صَحَّ النكاحُ قولًا واحدًا، وفي المَهْرِ قولان:

أحدُهما: يَبْطُلُ المُسَمّى ويَجِبُ لكُلِّ واحدةٍ مَهْرُ المِثْلِ.

والثاني: أنَّ الألْفَ تُقَسَّطُ [عليهم][(٥)] على مُهورِ أمثالِهن، وكذا لو خالَعَ أربعًا في عَقْدٍ واحدٍ[(٦)].

وأمّا إذا كاتَبَ[(٧)] أربعةَ أَعْبدٍ[(٨)] في عَقْدٍ واحدٍ؛ ففيها قولانِ أيضًا؛ [إلّا أنَّ][(٩)] أحدَ القولَيْن في الكتابةِ: أنَّ العَقْدَ باطِلٌ.

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (خ): (فلذلك).
(٣) في (ب): (قام).
(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٥/ ٥٧، ٥٨، «روضة الطالبين» ٣/ ٤٤١.
(٥) ساقط من (خ).
(٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٣، و«الحاوي الكبير»: ١٠/ ٧٩.
(٧) في (خ): (كانت).
(٨) في (خ): (عبيد).
(٩) في (خ): (لأن).

ويُفارِق النكاحَ والخُلْعَ؛ لأنّ المَقْصودَ من الكتابةِ العِوَضُ، وليس كذلك النكاحُ، فإنَّه لا يُقْصدُ به العِوَضُ.

فأمّا إذا اشْتَرى رجلٌ أربعةَ أَعْبُد من أربعةٍ صَفْقَةً واحدةً [بثَمَنٍ واحدٍ][1] من[2] أصحابِنا من قال: فيه قولانِ كالنِّكاحِ.

ومنهم من قال: يَبْطُلُ البيعُ قولًا واحدًا. [خ ١١٧/ ب]

والفَرْقُ: هو أنَّ الثَّمنَ في البيعِ مَقْصودٌ؛ فلِهذا بَطَل بجهالتِه[3]، وليس كذلك النكاحِ[4].

وأيضًا: فإنَّه لمّا كان فسادُ العِوَضِ في النِّكاحِ والخُلْعِ لا يُفْسِدُ العَقْدَ، كذلك جهالتُه، وليس كذلك البيعُ؛ لأنَّ فسادَ العِوَضِ يَمْنعُ البيعَ، كذلك جهالتُه.

***

(٩٨٣): مَسألة

[في الشَرْط الذي ينافي عقدَ النكاحِ]

إذا تَزَوَّج وشَرَطَ في عَقْدِ النكاحِ شَرْطًا يُنَافِي مُقْتضاه، مِثْلَ أن يَشْترطَ[5] أَلّا أَطَأَكِ وأَطَأُكِ باللَّيلِ دون النَّهارِ، أو شَرطَتْ هي ذلك عليه، فالذي قال أصحابُنا: إنَّ النكاحَ باطِلٌ؛ لأنَّه[6] شَرْطٌ يُنافي[7] مُقْتَضاهُ.

وقال ابنُ سَلَمةَ: إن شَرطَت المرأةُ ذلك بَطَل، وإن شَرطَه الزوجُ لم يَبطُلْ، قال: **والفرقُ بينهما**: هو أنَّ الزَّوْجَ الوَطْءُ[8] حَقٌّ له، فجاز أن

---

(١) ساقط من (ب). (٢) في (ب): (فمن). (٣) في (ب): (بحالته).

(٤) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ٤٢٣، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي»: ٨/ ٤٢٠.

(٥) في (ب): (يشرط). (٦) في (ب): (لا).

(٧) في (خ): (ثابتا في) وقصد بما في (خ) هذا أن شرط الوطء ثابتا في مقتضى العقد.

(٨) في (ب): (وطئ).

يَشرِطَ[(١)] استيفاءه في زمانٍ دون زمانٍ لأنَّه[(٢)] يَمْلِكُه[(٣)] في كلِّ وقتٍ، وليس كذلك المرأةُ؛ لأنَّ ذلك حَقٌّ عليها يَجِبُ التَّمْكِينُ منه[(٤)]؛ فلِهذا افْتَرقا.

***

(٩٨٤): مَسألة

[إذا خالع زوجتَه على دينارٍ على أنَّ له الرجعةَ]

إذا خالَعَ زوجتَه على دينارٍ على أنَّ له الرَّجعةَ، نصَّ[(٥)] الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ على أنَّ الطلاقَ يَقَعُ رَجْعِيًّا، ويكونُ الدِّينارُ مَرْدودًا[(٦)].

فإن خالعَها على دينارٍ، وقالت [له][(٧)]: أُخالِعُك على أَنَّ لي الخيارَ بين أن أَتْركَ لك العِوَضَ ويكونُ الطلاقُ بائنًا وبين أن أَسْتَرِدَّه ويكونُ الطلاقُ رَجْعِيًّا؛ نصَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ على أنَّ الطلاقَ يَقَعُ بائنًا، ويكونُ الدينارُ مردودًا، ويجبُ مَهْرُ المِثْلِ[(٦)].

فمن أصحابِنا من نَقَلَ جوابَ إِحْدَى المسألتَيْن إلى الأُخرى، وقال: فيها قولان.

ومنهم من حَمَلَ المسألتَيْن على ظاهِرِهما، وفَصَلَ[(٨)] بينهما بأن قال في هذا المَوْضِعِ شَرَط ثُبُوتَ الرَّجْعةِ والعِوَضِ فلم[(٩)] تَسْقُطْ رجعتُه باشتراطِها[(١٠)] في نَفْسِ العَقْدِ، وليس كذلك في المسألةِ الثّانيةِ؛ لأنَّه أَوْقعَ الخُلْعَ مُطْلَقًا ولَم يَشْتَرطْ ثُبوتَ الرَّجْعةِ، وإنَّما شَرَط في الثاني أنَّ المرأةَ تَرُدُّ العِوَضَ وتَثْبُتُ الرجعةُ، والرَّجْعةُ إذا انْقَطعَتْ في الحالِ، لم تَعُدْ في الثاني، فدلَ على ما ذكرناه.

---

(١) في (ب): (الشرط). (٢) في (خ): (لا)، تصحيف.

(٣) في (ب): (يملك). (٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ٩/ ٥٠٧.

(٥) في (ب): (النص). (٦) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٠، و«المهذب» ٢/ ٤٩٤.

(٧) ساقط من (خ).

(٨) فصل الحدّ بين الأرضين فصلا: فرّق بينهما فهو فاصل. «المصباح المنير»: ٢/ ٤٧٤.

(٩) في (ب): (ولو). (١٠) في (خ): (لاشتراطها).

قال بعضُ أصحابِنا: يكونُ له الرَّجعةُ، وهو الذي يَجِيءُ على المذهبِ.

وقال بعضُ أصحابِنا: إنَّ الدينارَ يَسْقطُ، ولا رجعةَ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ.

ونَقَلَ الربيعُ: أنَّ الشافعيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ، قال في موضعٍ: وإذا خالعَ امرأتَه على دينارٍ على أنَّه متى شاءَ راجعَها أنَّه قال: يَقَعُ الطلاقُ، ويَرُدُّ الدينارَ، وتَثْبتُ الرجعةُ، ثم قال: والقياسُ عندي: أنْ يَسْقُطَ الدينارُ، ويَجِبَ مَهْرُ المِثْلِ، ولا رجعةَ، وذَكَرَ المُزَنيُّ مِثْلَه[1].

فمن أصحابِنا من أَجْرى الكلامَ على ظاهرِه، **وفرَّق بينهما**: بأنَّ هاهُنا لم يَسْقطِ انقطاعُ الرَّجْعةِ، بل شَرَط ثبوتَها؛ فلِهذا قُلنا: يَسقُطُ الدِّينارُ، ويكونُ له الرَّجعةُ، وليس كذلك في المسألةِ الأُولى؛ لأنَّه لم يَشْترطِ الرَّجعةَ، فدلَّ على ما ذكرْناهُ.

***

(٩٨٥): مَسألة

[فيمَن خالع على أن تُعطيَه هذا العبدَ بعينِه، فغصبَته فجاءَته به]

إذا قال لها: إن أَعْطَيْتِني هذا العبدَ، عبدًا بعينِه؛ فأنتِ طالقٌ، فغصبَتِ العبدَ وأَتَتْه به؛ وَقَعَ الطلاقُ[2].

وقال أبو عليٍّ ابن أبي هريرةَ: لا يَقَعُ الطلاقُ، كما لو قال: إن أَعطَيتِني عبدًا فغَصَبت عبدًا ودفعَته إليه؛ لم يَقَعِ الطلاقُ، وهذا فاسِدٌ.

---

(١) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٠، و«المهذب» ٢/ ٤٩٤، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٩٨.

(٢) قال الشيرازي: (فصل: وإن قال أعطيتني عبدًا فأنت طالق فأعطته عبدًا تملكه طلقت سليمًا كان أم معيبًا قنًّا أو مُدبرًا؛ لأن اسم العبد يقع عليه ويجب رده والرجوع بمهر المثل لأنه عقد وقع على مجهول، وإن دفعت إليه مكاتبًا أو مغصوبًا لم تطلق لأنها لا تملك العقد عليه، وإن قال: إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته وهو مغصوب، ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها لا تطلق كما لو خالعها على عبد غير معين فأعطته عبدًا مغصوبًا، والثاني وهو المذهب أنها تطلق لأنها أعطته ما عينه ويخالف إذا خالعها على عبد غير معين؛ لأن هناك أطلق العقد فحمل على ما يقتضيه العقد والعقد يقتضي دفع عبد تملكه). انظر «المهذب» ٢/ ٤٩٨.

والفرقُ [بينهما][(١)]: هو أنَّه إذا قال: إن أَعطيتِني هذا العبدَ فقد عَلَّقَ الطلاقَ بإعطاءِ شَيْءٍ مُعَيّنٍ، فلم يَبْقَ لها اجتهادٌ في ذلك؛ فلِهذا وَقَعَ الطلاقُ، وليس كذلك إذا قال: إن أَعْطَيْتِني عبدًا؛ لأنَّه فَوّض الاجتهادَ إليها فاقْتَضى الظاهرُ إعطاءَ عبدٍ يَصِحُّ تَمَلُّكُه[(٢)]، فدلّ على ما ذكرناه.

***

(٩٨٦): مَسْأَلَةٌ

[ب ١٢٩/أ]

إذا خالَع امرأتَه [على][(٣)] أن تَكفُلَ له ولدًا عشرَ سنين وتُرْضِعُه مُدّةَ الرَّضاعِ، فنقولُ: تُرْضِعُه سنةً أو سنتَيْن، ويكونُ الطعامُ معلوم القَدْرِ والنَّوْعِ في جميعِ المُدّةِ، فيَصِحُّ الخُلْعُ[(٤)].

ويكونُ قد اشْتَمل هذا العَقْدُ على ثلاثةِ أُصُولٍ بَيْعٍ[(٥)] وإجارةٍ وسَلَمٍ في جِنْسٍ واحدٍ إلى أَجَلَيْن وسَلَمٍ في جِنْسَين[(٦)] إلى أَجَلٍ، وفي كلِّ واحدةٍ[(٧)] من ذلك قولانِ.

فإذا تقرَّر هذا، فمن أصحابِنا مَن قال: في مسألةِ الخُلْعِ أيضًا قولانِ، كهذه[(٨)] المسائلِ، **والصحيحُ**: أنَّ الخُلْعَ يَصِحُّ قولًا واحدًا[(٩)].

والفرقُ: هو أنَّ في تلكَ المسائلِ كلَّ عَقْدٍ هو مقصودٌ في نفسِه، وليس بتابعٍ لغيرِه، وفيه ضَرْبٌ منَ الغَرَرِ؛ فلِهذا كان على قولَيْن، وليس كذلكَ هاهُنا؛ لأنَّ المقصودَ هو الرَّضاعُ، والباقي تَبَعٌ[(١٠)] له، فلِهذا صَحّ قولًا واحدًا.

---

(١) ساقط من (خ). (٢) انظر: «المهذب» ٢/ ٤٩٨، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤١٣.
(٣) ساقط من (ب). (٤) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٢.
(٥) في (ب): (هو بيع). (٦) في (ب): (جنس)، والمثبت موافق لما في «الحاوي الكبير».
(٧) في (خ): (واحد). (٨) في (ب): (لهذه).
(٩) انظر: «روضة الطالبين» ٧/ ٤٠١. (١٠) في (ب): (بيع).

وفرقٌ آخرُ: وهو أنَّه إذا جَمَع بين بَيْعٍ وإجارةٍ، فقد[١] جَمَع بين عقدَيْن لا حاجةَ [به][٢] إلى الجَمْعِ بينهما؛ لأنَّه يُمكِنُه إفرادُ كلٍّ واحدٍ منهما بالعَقْدِ، ولا ضرورةَ[٣] به إلى الجَمْعِ بينهما، وليس كذلك في مسألتِنا لأنَّ به ضرورةً إلى الجَمْعِ بينهما[٤]؛ [فبان الفرقُ بينهما][٥].

***

(٩٨٧): مَسْألة

[فيمَن علّق طلاقَ زوجتِه بصفةٍ، ثم أبانها وتزوّجَها بعد ذلك، ثم وُجِدَت الصفةُ]

إذا عَلَّق طلاقَ زوجتِه بصفةٍ، ثم أبانَها وتزوَّجها بعد ذلك، ووُجِدَت الصِّفةُ في الزَّوْجِيةِ الثانيةِ، فهل يعودُ حُكْمُها، أم لا؟ فيه ثلاثةُ أَقْوالٍ:

أحدها: أنَّه[٦] [لا تُعودُ][٧]، واختاره المُزَنِيُّ.

والثاني: [أنَّه يَعودُ][٨]، وهو الصحيحُ.

والثالث: إن أبانَها [بما][٢] دون الثلاثِ؛ عادَتْ، وإن أبانَها بالثلاثِ؛ لم تَعُدْ. [خ ٢١٩/أ]

والفرقُ: هو أنَّه إذا أبانَها بالثلاثِ، فقد ارْتَفَع النِّكاحُ بجَميعِ علائِقه، ولم يَبْقَ هناك [منه][٥] شيءٌ؛ فلِهذا لم تَعُدِ الصِّفةُ؛ لأنَّها من علائقِ النكاحِ الأَوّلِ، وليس كذلك إذا أبانَها [بما][٢] دون الثلاثِ؛ لأنَّه قد بَقِي من أحكامِ النكاحِ علائقُ، والصِّفةُ من علائقِه، وحُكْمٌ من أحكامِه؛ فلِهذا عادَتْ[٩].

***

(١) في (ب): (و). (٢) ساقط من (خ). (٣) في (ب): (ضرر).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٥١، ٥٢، و«المهذب» ٢/ ٤٩٣.

(٥) ساقط من (ب). (٦) في (خ): (أنها).

(٧) في (ب): (يعود)، والمثبت موافق لما في «المهذب»، وهو قول المزني.

(٨) في (ب): (أنها لا تعود). (٩) انظر: «المهذب» ٣/ ٤١.

[في قولِه: إن لم أُطلِّقْكِ؛ فأنتِ طالقٌ، وإذا لم أُطلِّقْكِ فأنتِ طالقٌ]

(٩٨٨): مسألة

إذا قال [لها][1]: إن لم أُطَلِّقْكِ؛ فأنتِ طالِقٌ، فهذا على التَّراخِي نصَّ عليه، وأمّا إذا قال [لها][2]: إذا لم أُطلِّقْك؛ فأنتِ طالقٌ، فهذا على الفَوْر.

واختلف أصحابُنا، فمنهم من ضاقَ عليه الفرقُ، فنَقَلَ جوابَ إحْدى المسألتَيْن إلى الأُخْرى، وخَرَّج فيهما قولَيْن.

ومنهم من أَجْراهما[3] على ظاهِرِهما، **وفرَّق بينهما** فقال: «**إذا**» لِمَا يتحققُ لأنَّه[4] اسمٌ من أسماءِ[5] الزَّمانِ، فإذا مَضَى[6] جزءٌ من الزّمانِ، وتَمَكّنَ[7] به من وُجودِ الفِعْلِ، ولم يَفعلْ، فقد وُجِدَتِ الصِّفةُ؛ فلِهذا وَقَع الطلاقُ، وليس كذلك «**إن**» فإنَّها لِمَا لا يَتحقَّقُ.

ألا ترى أنَّه [يُقال][2]: إذا طَلَعَتِ الشمسُ، [[8]وإذا جاء رَأْسُ [الشهرِ][9]، ويُقالُ: آتيك إذا احْمَرّ البُسْرُ، ولا يُقالُ: إذا طَلَعَتِ الشمسُ][10]، ولا: آتيك إن احْمَرَّ البُسْرُ؛ لأنَّ هذا أَمْرٌ مُتَحَقِّقٌ، وإن شَكَّ فلم يَسْتَعِملْ فيه، فلِهذا كانت على التَّراخِي حتى يُوئَسَ من الفِعْلِ، فدلّ على الفرقِ بينهما.

***

(١) ساقط من (ب).
(٢) ساقط من (خ).
(٣) في (ب): (أخرجهما).
(٤) في (خ): (لأنها).
(٥) في (خ): (أسامي).
(٦) في (خ): (ميّز).
(٧) في (ب): (ويمكن).
(٨) بداية سقط من (ب).
(٩) زيادة يقتضيها السياق.
(١٠) نهاية السقط من (ب).

[إذا علّقَ الرجلُ عِتقَ أمَتِه بصفةٍ فأتت بولدٍ، فهل يتبعُها؟]

(٩٨٩): مَسْأَلَةٌ

إذا عَلَّق الرجلُ عِتْق أَمَتِه بصفةٍ[١]، مِثْلَ أن يقولَ: إن دَخَلْتِ الدارَ؛ فأنتِ حُرّةٌ، فأَتَتْ بولدٍ، فهل يَتَّبِعُها في الصفةِ على مَعْنى أنَّ الأُمَّ إذا دخلَتِ الدارَ، وعَتَقَتْ فهل يَعْتِقُ الولدُ، أم لا؟ على قولَيْن[٢].

[ب ١٢٩/ ب]

وأمَّا إذا قال لها: إذا مِتُّ، فأنتِ حُرّةٌ بعد عَشْرِ سنين، وأتَتْ بوَلَدٍ بعد الموتِ[٣]، وقبل مُضِيِّ المُدّةِ، فقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَتَق الولدُ هاهنا[٤].

فاخْتَلَف أصحابُنا على طريقَيْن، فمنهم من قال: هذه المسألةُ أيضًا على قولَيْن، كما إذا أَتَتْ به قبل الموتِ؛ فالشافعيُّ أجابَ على أحدِ القولَيْن.

[ومن أصحابِنا][٥] من قال: يَعْتِق الولدُ هاهُنا قولًا واحدًا[٦].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ الصفةَ قبل الموتِ غيرُ[٧] لازمةٍ، بدليلِ أنَّ للسَّيدِ إبطالَها، فلِهذا كان الولدُ على قولَيْن، وبعد الموتِ قد لَزِمَتِ الصِّفةُ، فحَصَل الإتيانُ بالولدِ بعد لزومِ الصّفةِ؛ فلِهذا عَتَق قولًا واحدًا[٨].

***

(٩٩٠): مَسْأَلَةٌ

إذا كاتَبَ عبدَه فمن شَرْطِ عَقْدِ الكتابةِ: أن يقولَ: إذا أَدَّيْتَ هذا؛ فأنتَ حُرٌّ أو عَتِيقٌ، ويَنْوي[٩] ذلك[١٠]، فأمّا إذا قال: دَبَّرْتُك، أو أنتَ مُدَبَّرٌ؛ كفاهُ ذلك.

---

(١) في (ب): (بعقد).

(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٧٩.

(٣) في (خ): (المولد)، المثبت موافق لما في «المهذب».

(٤) انظر: «الأم»: ٩/ ٣١٠.

(٥) في (ب): (ومنهم).

(٦) انظر: «روضة الطالبين» ١٢/ ٢٠٤.

(٧) في (خ): (عين)، تصحيف.

(٨) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٧٩.

(٩) في (ب): (أو ينويه)، والمثبت موافق لما في «روضة الطالبين».

(١٠) انظر: «روضة الطالبين» ١٢/ ١٨٦.

والفرقُ بينهما: أنَّ الكتابةَ اسمٌ مُشْتركٌ بين الكِتابةِ التي هي العَقْدُ وبين الكِتابةِ التي هي حروفٌ مُجْتمِعةٌ، وغيرُ ذلك، فلمّا كانت مُحْتمَلةً، لم يَكُنْ بُدٌّ من أن يَنْضَمَّ [إلى][1] ذلك ما يَزولُ معه الشَّكُّ، ويُخَلِّصُه للكتابةِ التي هي [مُقْتَضى العَقْدِ][2]، وليس كذلك التدبيرُ؛ لأنَّه لا يَصْلُحُ إلَّا للعتقِ.

***

(٩٩١): مَسْأَلَةٌ

وإذا جاء المُكاتَبُ بنَجْمٍ إلى سيدِه، فقال السيدُ: هذا حرامٌ، فإنَّه يُقالُ [له][1]: إمَّا أن تَأْخُذَه[3] وإمّا أن تُبْرِئَه[4].

وقال في المُفْلِسِ: إذا ابْتاع نَخْلًا، وأَطْلَعَت[5]، ثم أَفْلَس وقد أُبِّرَت الثَّمرةُ، ثم اخْتَلف هو والبائعُ، فقال البائعُ: رَجعتُ فيها قَبل أن تُؤَبَّرَ فهي لي، وقال المُفْلِسُ: لا بل رَجَعْت بعد التَّأبيرِ؛ فلا حَقَّ لك [في][6] الثمرةِ، وصَدَّقَ بعضُ الغُرماءِ المُفْلِسَ، وكذَّبَه بعضُهم؛ فالقولُ قولُ المشتري. [خ ٢٢٠/أ]

فأمّا [إن شَهد][7] له من الذين صَدَّقوه شاهدان أو شاهِدٌ إن كان فيهم[8] من تُقْبَلُ شهادتُه، ويَحْلِفُ إن [لم][6] يكنْ فيهم[9] من تُقبَلُ شهادتُه له، فإذا حَكَمْنا بأنَّ الثمرةَ له، فأرادَ أن يَدْفَعَ ثمنَها إلى من كذَّبه، فامتنعوا من أخذِه[10].

---

(١) ساقط من (ب). (٢) في (ب): (تقتضي العتق). (٣) في (خ): (تأخذ).

(٤) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي»: ٨/ ٤٢٩، و«منهاج الطالبين» ص: ٣٦٥.

(٥) أطلعت النخلة بالألف: أخرجت طلعها، فهي مطلع، وربما قيل: مطلعة. «المصباح المنير»: ٢/ ٣٧٥.

(٦) ساقط من (خ). (٧) في (ب): (أن يشهد). (٨) في (خ): (منهم).

(٩) في (ب): (ثمّ). (١٠) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٠٠، ٢٠١.

فمن أصحابِنا من قال: [مِثْل قولِه في المُكاتَبِ يُقال لهم: إمَّا أن تُبْرِؤُوه، وإمّا أن تَأْخُذوه.

ومنهم من قال][١]: ليس له أن يَصْرِفَ ذلك إليهم[٢].

والفرقُ بينهما: هو أنَّ المكاتبَ لا جِهةَ له تَصرِفُ [له][٣] ذلك إليه غيرُ السَّيدِ، وليس له جهةٌ فحَصَل للسَّيدِ مالٌ غيرُ هذا الذي جاء به إليه، فلِهذا [قُلْنا][٢]: له ذلك إمّا أن يُبْرئَه، وإمّا أن يأخذَه، وليس كذلك في المُفْلِسِ؛ لأنَّ له جهةً غيرَ ذلك، فلم يَكُنْ به ضرورةٌ في دَفْعِه إلى من كذَّبَه.

قال هذا القائل: فوِزانُ المسألةِ أن يُكَذِّبَه جميعُ الغرماءِ، [فيقالُ لهم][٤]: إمّا أن تَأْخذوه وإمّا أن تُبْرِؤوه.

ومن أصحابِنا من قال: فيهما[٥] قولانِ.

***

[فيما إذا كان عبدٌ بين شريكَيْن فكاتباه]

(٩٩٢): مَسْأَلَة

وإذا كان عبدٌ بَيْن شريكَيْن فكاتَباه؛ نَظَرْتُ فإن كاتَباهُ على مالٍ بالسَّوِيّةِ؛ جازَ قولًا واحدًا، وإن تفاضَلا في ذلك لم يَجُزْ قولًا واحِدًا[٦].

[ب ١٣٠/أ]

واختلف أصحابُنا، فمنهم من قال: هذا بِناءٌ على أحدِ القولَيْن إذا كان عبدٌ بين شريكَيْن، فكاتَبَ أحدُهما نصيبَه بإذنِ شريكِه، فهل يجوزُ، أم لا؟ على قولَيْن.

ومنهم من قال: هذه المسألةُ أَصْلٌ بنفسِها.

---

(١) ساقط من (ب).
(٢) انظر: «الحاوي الكبير»: ٦/ ٢٨٧.
(٣) ساقط من (خ).
(٤) في (ب): (فإن يقال لكم).
(٥) في (خ): (فيها).
(٦) انظر: «الأم»: ٩/ ٣٦٤، و«مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٤، ٤٣٥.

[والفرقُ بينهما: هو أنَّه إذا تَفاضَلا؛ أدَّى إلى أن يَنْفرِدَ أحدُهما بفائدةٍ من كَسْبِ نصيبِ شريكِه، وهذا][١] لا يجوزُ، وليس كذلك [فيه][٢] إذا كاتَبَ أحدُهما[٣] نصيبَه بإذنٍ من شريكِه؛ فإنَّه لا يَنْتَفِعُ بشيءٍ من [نماءِ][٢] نصيب[٤] شريكِه، بل[٥] يَحْصُلُ له جميعُ كَسْبِ نصيبِه، ولا يَحْصلُ له شيءٌ زائِدٌ على ذلك؛ فلِهذا افترقا[٦].

***

(٩٩٣): مَسْألة

[في المُكاتَبَةِ بين شريكين وَطِئَها أحدُهما، فأحبَلَها]

إذا [كاتَب الشريكَان][٧] أَمَةً بينهما، ووَطِئَها أحدُهما وأَحْبلَها، وكان مُوسِرًا، فإنَّه تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ، والولدُ حُرٌّ، فهل تُقومُ عليه في الحالِ، أم إذا عَجَزت؟

من أصحابِنا [من قال][١]: فيه قولانِ بناء عليه إذا أَعْتَق أحدُ الشَّرِيكَيْن نصيبَه منها، هذه طريقةُ عامّةِ أصحابِنا.

وقال أبو عليٍّ ابنُ أبي هريرةَ فيها طريقةٌ أُخْرى انْفَرد بها، فقال: لا تُقَوَّمُ في الحالِ.

والفرقُ بينهما: هو أنَّ في تأخيرِ التَّقْويم[٨] هاهُنا مَنْفَعةٌ لها؛ لأنَّها رُبَّما أَدَّت مالَ الكتابةِ قبل موتِ الواطِئِ، فتُتَعجّلُ لها الحريةُ، فلِهذا قُلْنا: لا تُقوّمُ في الحالِ، وليس كذلك[٩] إذا أَعْتق أحدُ الشَّريكَيْن نصيبَه؛ لأنَّه[١٠] لا

---

(١) ساقط من (خ).
(٢) ساقط من (ب).
(٣) في (ب): (بعدهما).
(٤) في (ب): (نصيبه).
(٥) في (ب): (فلم).
(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٨/ ٢٠٣.
(٧) في (خ): (كاتبا الشريكين).
(٨) في (ب): (التقديم)، تصحيف.
(٩) في (خ): (كذلك فيه).
(١٠) في (ب): (فإنه).

يَسْتَفِيدُ بتأخيرِ التقويمِ شيئًا؛ فلهذا كانت على قولَيْن، والطريقةُ الأُولَى هي التي عليها عامةُ أَصحابِنا.

***

(٩٩٤): مَسألة

[في بيعِ المُعتَقِ بصفةٍ، والمكاتَبِ]

يُقالُ: لِمَ جازَ بَيْعُ [العبدِ][1] [المُعْتَقِ بصفةٍ][2]، ولم يَجُزْ بيعُ المكاتَبِ على قولِه الجديدِ؟

قيل: الفرقُ بينهما: هو أنَّ المُكاتَبَ بينه وبين سيدِه عَقْدٌ يَمْنعُ من رجوعِه بأَرْشِ الجنايةِ عليه؛ فلهذا لم يَجُزْ بيعُه، كما لو أَدَّى إليه [بعضُ][3] نجومِه، وليس كذلك العِتْقُ بالصِّفة؛ لأنَّه يَرْجِعُ بأَرْشِ الجِنايةِ عليه[4]، فدلّ على ما ذكرْناهُ.

***

(٩٩٥): مَسألة

[في هبةِ المكاتَبِ بإذنِ سيدِه]

وفي جوازِ هِبَةِ المُكاتَبِ شيئًا في يدِه أو[5] عِتْقِه أو كتابتِه[6] بإذن سيدِه قولان[7].

قال في المكاتَبةِ إذا اخْتَلَعَتْ بإذنِ سيدِها ودَفَعَتْ[8] ما في يدِها: إنَّ ذلك لا يَجُوزُ[9].

(١) ساقط من (خ).

(٢) في (ب): (المعلق بالصفة).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) انظر: «المهذب» ٢/ ١١.

(٥) في (ب): (لو).

(٦) في (ب): (كتابه).

(٧) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٤٣٧، و«المهذب» ٢/ ٣٨٧، و«روضة الطالبين» ١٢/ ٢٨٠، ٢٨١.

(٨) في (ب): (ووقعت).

(٩) انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٩٣، «روضة الطالبين»٧/ ٣٨٥.

فمن أصحابِنا من أَجْرى المسألتَيْن على ظاهِرِهما، **وفرَق بينهما**: بأَنْ [قال][(١)] في هبةِ المُكاتَبِ وجوازها على أحدِ القولَيْن فائدةٌ للسيدِ، وهو حصولُ الثَّوابِ، إمّا من جِهةِ العِوَضِ أو من جهةِ اللهِ تعالى فلم يَعْرُ عن فائدةٍ، وليس كذلك في الخُلْعِ؛ لأنَّها أَخرَجت شيئًا من يدِها ولم يَحْصُلْ للسَّيدِ بذلك نَفْعٌ، بل عليه ضَرَرٌ فيه؛ فلِهذا افْتَرقا.

ومن أصحابِنا من قال: [فيهما[(٢)] قولان[(٣)].

***

(٩٩٦): مَسْألة

[في حبسِ السَّيدِ مُكاتَبَه أثناءَ مدّةِ الكتابةِ]

إذا حَبَس السَّيدُ مكاتَبَه مُدّةً، ومنعَه من التَّصَرُّفِ][(٤)] ففيها قولان:

أحدُهما: يَلْزَمُه أن يُخَلِّيَه مِثْلَ تلك المُدّةِ ليكتَسِبَ فيها، ويتَصرّفَ.

والقولُ الثاني: يَلْزَمُه أجرةُ المِثْلِ له[(٥)].

[خ١٣٠/ب]

فأما إذا أَسَرَ المشركون المكاتبَ وأقام في أيديهم مُدّةً، ثم خَلُّوه، فمن أصحابِنا من قال: فيها قولان أيضًا، كما لو حَبَسه [السَّيدُ][(٦)]

ومنهم من قال: المسألةُ هاهُنا على قولٍ واحدٍ: أنَّه لا يَلْزَمُ السَّيدَ شيءٌ.

والفرقُ: هو أنَّ هذه الحَيْلُولةَ حصَلَتْ بغيرِ اختيارِ السَّيدِ، ولا صُنْعَ له في ذلك، وليس كذلك إذا حَبَسه؛ لأنَّ ذلك حَصَل باختيارِه وبفِعْلٍ منه، فلِهذا كان على قولَيْن، فبان الفرقُ بينهما[(٧)].

***

---

(١) ساقط من (خ).

(٢) بداية سقط من (ب).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير»: ١٠/ ٨٣، ٨٤.

(٤) نهاية السقط من (ب).

(٥) انظر: «نهاية المطلب» ٢/ ٣٨٦.

(٦) ساقط من (ب).

(٧) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٨٦.

(٩٩٧): [مسألة][1]

[في القُرعةِ في الحريةِ والنسبِ]

يقالُ: لِمَ تَحْكمُ في الحُرّيةِ [بالقُرعةِ][1]، وكان لها فيه مَدْخلٌ، ولِمَ تَحْكُمُ [بها][1] في النَّسَبِ؟

قيل: الفرقُ بينهما: هو أنَّ النَّسَبَ يَستَنِدُ إلى سببٍ لا مَدْخَلَ للقُرْعةِ [والقِسْمةِ فيه][2]، وهو الفِراشُ؛ فلِذلك لم تَدْخُلِ القرعةُ في نتيجةِ ذلك، وهو النَّسَبُ، والحريةُ لمَّا كانت تَسْتندُ إلى المِلْكِ، وهي نتيجةٌ من نتائجِه، والمِلْكُ للقسمةِ والقُرْعةِ فيه مَدْخلٌ؛ فلِذلك دَخَلَته[3] [في][1] الحريةِ[4]، فبان الفرقُ بينهما.

***

(٩٩٨): مسألة

[في الرَّجلين تنازعا لقيطًا كلٌّ منهما معه بينةٌ]

إذا الْتَقطَ رجلٌ صبيًّا، فادَّعى نسبَه، وأقام بيِّنةً؛ حُكِم له به، فإن جاءَ رَجُلٌ آخرُ، وادَّعى نسبَه، وأقام بيِّنةً تعارضَتِ البيِّنتانُ، ولا تُقَدّمُ بَيِّنةُ صاحبِ اليدِ، ولا تُرجَّحُ باليدِ، كما يفعلُ بالأملاكِ[5].

والفرقُ بينهما: أنَّ اليدَ تَدُلُّ على المِلْك؛ **ألا ترى** لو أَنَّ رجلًا في يدِه دارٌ، فادَّعاها مدعٍ ولا بيِّنةَ معه؛ كان القولُ قولَ صاحبِ اليدِ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ المِلْكَ له، فلِهذا رُجِّحَ [بها][6] بيِّنتُه إذ أقام المُدعي بيِّنةً؛ لأنَّ البيِّنتَيْن تَسْقطان، وتَبْقى[7] اليدُ، كما لو لم يَكُنْ[8] هناك بيِّنةٌ، وليس كذلك في النَّسَبِ؛ لأنَّ اليدَ لا تَدلُّ عليه؛ لأنَّه يَستندُ إلى فِعلٍ وأَمْرٍ لا تَثْبُتُ عليه اليدُ؛ فلِهذا افْترقا.

***

(١) ساقط من (ب).
(٢) في (ب): (والقسم منه).
(٣) في (خ): (دخل).
(٤) انظر: «المهذب» ٣/ ٤٨٨، و«الحاوي الكبير»: ٧/ ١٠٦.
(٥) في (ب): (في الأملاك)، انظر: «مختصر المزني»: ٨/ ٢٣٧.
(٦) ساقط من (خ).
(٧) في (ب): (وتقدم).
(٨) في (خ): (يمكن).

(٩٩٩): مسألة

[حَسَنَةٌ من الفُروقِ]

وإذا قَتلَتْ أمُّ الولدِ سيِّدَها، فإنَّها تَعتِق بذلك.

فإن قيل: ما تقولُ في المُدَبَّرِ إذا قَتَل سيِّدَه، هل يَعتِقُ، أم لا؟

قُلْت: [لنا][٢] أولًا في التَّدبيرِ قولان:

أحدُهما: أنَّه وَصِيَّةٌ، فعلى هذا لا يَعْتِقُ؛ لأنَّه يكونُ[٣] كأنّه أَوْصى لقاتلٍ، والوصيَّةُ لقاتلٍ لا تَجُوزُ على أحدِ القولين.

فإن قُلنا: إنَّ التَّدبيرَ عِتْقٌ بصفةٍ، فإنَّ الصِّفةَ قد وُجِدَت؛ لأنَّ العِتْقَ هو معلّقٌ بالموتِ، فإذا ثَبَت هذا؛ قُلْنا: **الفرقُ بينهما:** أنَّ عِتْقَ أمِّ الولدِ مُسْتحَقٌّ بسببِ عقدٍ[٤] وُجِدَ في حالِ الحياةِ لا سبيلَ إلى فسخِه، فلِهذا عَتَقَتْ بقتلِها له، كما لو مات.

ألا ترى أنَّ عِتْقَها يكونُ من رأسِ المالِ [لقوتِه، وأنَّه][٥] قد اسْتُحِقَّ، وليس كذلك التَّدبيرُ؛ لأنّه يَسْتَنِدُ إلى سببٍ ضعيفٍ يُمْكنُ فَسْخُه والرُّجوعُ فيه، وللسَّيدِ التَّصرُّفُ فيه بالبيعِ وغيرِه، ولِهذا كان مُعتبَرًا من الثُّلُثِ[٦]، فدلَّ على الفرقِ بينهما.

[خ ٢٢٢/ ب] [ب ١٣١/ أ]

فأمّا إذا كان لرجلٍ على رجلٍ دينٌ مُؤَجَّلٌ فقَتل صاحبُ الدَّينِ الذي عليه [الدَّينُ][٢]؛ فإنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ كما يَحِلُّ بموتِه؛ لأنَّ الأجلَ حَظٌّ

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) ساقط من (خ).

(٣) في (ب): (يكون يعتقد).

(٤) في (خ): (قد).

(٥) في (ب): (لكونه).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير»: ٨/ ١٩١، ١٩٢.

لمَن عليه الدَّيْنُ، [ولا حَظَّ له][1] هاهُنا أن يَحِلَّ الدَّينُ ليُقْضَى من تركتِه، وتَبْرَأَ ذمتُه[2]، والله أعلمُ.

والحمدُ للهِ ربِّ العالمين وصلَّى اللهُ على سيدِنا محمدٍ وآله أجمعين الطاهرين آمين يا ربَّ العالمين.

الحمدُ للهِ الذي بنعمتِه تتمُّ الصَّالحاتُ وصلّى اللهُ وسلّم على نبيِّنا محمدٍ ﷺ، صاحبِ المعجزاتِ الظَّاهراتِ والبَركاتِ الشَّاملاتِ، وعلى آلِه وصحبِه مادامتِ الأَرَضون والسَّمواتُ، صلاةً وسلامًا تُحِلُّنا في الجنةِ أعلى الدرجاتِ إنَّه سميعٌ قريبٌ مجيبُ الدعواتِ آمين.

وبعدُ فقد تمَّ هذا الكتابُ بعونِ الملكِ الوهّابِ على يدِ أفقرِ العبيدِ وأحوجِهم إلى رحمةِ ربه المجيدِ محمدِ بنِ رشيدٍ العذراويّ القادريّ كتبه بيدِه لنفسِه ثم لمَن شاء اللهُ من بعده والمرجو ممن وقف على هذا الكتابِ دعوةً صالحةً في ظهرِ الغيبِ تشملُنا بركاتها سيما بكمالِ التَّوفيقِ وحين الخاتمةِ وللدَّاعي مثل ذلك والمسلمين أجمعين، وذلك في اليومِ الثامنِ والعشرين من شهرِ المحرمِ الحرامِ ابتداءَ سنةِ تسعٍ وتسعين وألفٍ والحمدُ للهِ وحدَه تم[3].

---

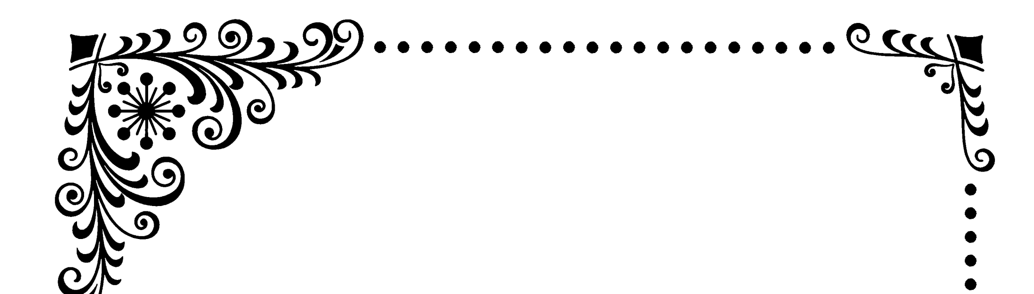
(١) في (خ): (والحط).

(٢) انظر: «المهذب» ٢/ ٣٤٢.

(٣) كتب في نهاية نسخة (خ): والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وحسبنا الله ونعم الوكيل.

وكان الفراغ من نسخه يوم الجمعة ثاني عشرين شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وعشرين وسبعمائة.

وكتبه العبد الفقير إلى ربه المعترف بذنبه الراجي رحمة ربه علي بن محمد بن إبراهيم بن حسن الشافعي الشاهد بمجلس الحكم العزيز بصفد المحروسة غفر الله له ولوالديه ولمن طالعه ودعا له بالتوبة والدخول إلى الجنة ولجميع المسلمين.



الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

الآيـــــة	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿إِنَّهُۥ كَانَ وَعْدُهُۥ مَأْتِيًّا﴾	مريم	٦١	٤٩٦
﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾	النور	٢	٧٨٩
﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِاللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ الْكَٰذِبِينَ﴾	النور	٨	٧٨٩
﴿وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ﴾	الأحزاب	٣١	٩٣
﴿يَٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا (٧٠) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا (٧١)﴾	الأحزاب	٧٠، ٧١	٥
﴿وَالذَّٰرِيَٰتِ﴾	الذاريات	١	٧٦٤
﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٤)﴾	المجادلة	٤	٧٠
﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾	الطلاق	٢	٨٠٤
﴿إِذَا السَّمَآءُ انشَقَّتْ﴾	الانشقاق	١	٦٤٦
﴿وَالشَّمْسِ وَضُحَىٰهَا﴾	الشمس	١	٧٦٤
﴿وَالَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ﴾	الليل	١	٧٦٤

***

فهرس الأحاديث والآثار

***

فهرس الأعلام

***

فهرس البلدان والأماكن

* * *

فهرس الكتب

***

فهرس الجزئيات

***

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة